

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MARCO ANTONIO SCHNEIDER

**A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS
DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

**CURITIBA
2018**

MARCO ANTONIO SCHNEIDER

**A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS
DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.**

Orientador: Prof. Eros Belin de Moura Cordeiro

**CURITIBA
2018**

MARCO ANTONIO SCHNEIDER

**A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS
DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____
Eros Belin de Moura Cordeiro

Prof. Membro da Banca

Curitiba/PR, _____ de _____ de 2018.

Ao meu querido filho ERON.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de alguma forma me apoiaram durante todo o período do curso de Direito.

Especialmente a minha esposa LORENA e ao meu filho ERON.

Agradeço aos meus pais, ANTONIO E MÁRCIA.

Especificamente no direcionamento deste trabalho de conclusão de curso, agradeço ao meu orientador Prof. Mestre Eros B. M. Cordeiro.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar um ponto específico dos contratos de incorporação imobiliária, precisamente no tocante à venda de unidades imobiliárias autônomas em construção ou a serem construídas, vinculadas a fração ideal de terreno, e submetidas ao regime condominial, e a cláusula penal inserida nos contratos pré-formulados pelas incorporadoras, estes tipicamente de adesão, e oferecidos aos interessados em adquirir tais imóveis. Diante deste fenômeno, buscou-se compreender e analisar, com apoio na doutrina e jurisprudência nacionais, se a convenção de penalidade dirigida a um dos contratantes pode ser, da mesma forma, imposta ao outro, diante da ausência de disposições contratuais que responsabilizem as incorporadoras pelo seu inadimplemento.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária, promessa de compra e venda de imóveis em construção, cláusula penal, relação de consumo, possibilidade de inversão da cláusula penal.

LISTA DE SIGLAS

Art.	- Artigo
Arts.	- Artigos
CC	- Código Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CF	- Constituição Federal
REsp	- Recurso Especial
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
STF	- Supremo Tribunal Federal
TJPR	-Tribunal de Justiça do Paraná

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 INTRODUÇÃO	8
2 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	9
2.1 CONCEITO E FUNÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA.....	9
2.2 PARTES E OBRIGAÇÕES.....	14
2.3 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO.....	21
2.4 BASE LEGAL.....	25
3 COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	28
3.1 CONCEITO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA.....	28
3.2 MECANISMOS DE FINANCIAMENTO.....	31
3.3 PRINCIPAIS DIREITOS DOS PROMITENTES COMPRADORES.....	31
4 A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL	36
4.1 CLÁUSULA PENAL - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	36
4.2 CONTRATO DE ADESÃO E RELAÇÕES DE CONSUMO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	44
4.3 A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL.....	55
4.4 TESES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL.....	62
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS	76
BIBLIOGRAFIA	78

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar um ponto específico do contrato de incorporação imobiliária. Trata-se da cláusula penal inserida nos compromissos de compra e venda de imóveis submetidos a esta atividade.

Por este contrato as partes comprometem-se, basicamente, de um lado, o incorporador, a construir e entregar o imóvel dentro de um prazo estabelecido e devidamente regularizado perante o Registro de Imóveis, e de outro, o adquirente, a efetuar os pagamentos convencionados.

Normalmente, tais contratos são pré-formatados, cabendo aos interessados em adquirir o futuro imóvel apenas subscrevê-lo. Assim, estes contratos são caracteristicamente de adesão e estipulam a convenção de penalidade exclusivamente para os adquirentes em caso de inadimplemento.

Desta forma, não há previsão contratual de penalidade para os casos de inadimplemento do incorporador, levando-nos a pensar, segundo uma leitura literal do texto contratual, que resta ao adquirente prejudicado apenas pleitear os prejuízos eventualmente sofridos na seara das perdas e danos.

Para alcançar o objetivo deste trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. Tratamos primeiramente acerca de caracterizar e conceituar a atividade de incorporação imobiliária. A seguir, abordamos as peculiaridades do contrato usualmente utilizado para comercialização das unidades imobiliárias, e, por fim, pormenorizamos o instituto civil da cláusula penal, caracterizando e conceituando, com estudo crítico acerca da teoria contratual moderna, bem como foram realizadas pesquisas sobre a discussão da matéria nos Tribunais, elencando algumas teses favoráveis e contrárias à aplicação da pena convencional em desfavor das incorporações, em face do não cumprimento de suas obrigações, diante da previsão contratual de penalidade exclusivamente para os adquirentes.

A partir da análise da validade de cláusula penal estipulada exclusivamente para os adquirentes e a possibilidade de inversão de seus efeitos, em desfavor dos fornecedores, que se desenvolveu o presente trabalho.

2 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.1 CONCEITO E FUNÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA

Incorporação imobiliária é a expressão utilizada para se referir à atividade humana que tem por objetivo o planejamento, organização e a mobilização de fatores de produção para a construção de imóveis, chamados de unidades autônomas, em edificação coletiva, bem como a venda destes imóveis durante a construção.

Nas palavras de Chalhub,

[...] a expressão incorporação imobiliária tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis.¹

No mesmo sentido, Wald conceitua incorporação imobiliária:

Chama-se incorporação imobiliária, incorporação edilícia ou simplesmente incorporação, o contrato pelo qual uma parte (o incorporador) obriga-se a fazer construir um edifício composto de unidades autônomas, alienando-as a outras partes (os adquirentes), em regime de condomínio, com as frações ideais do terreno.²

Na legislação, incorporação imobiliária está conceituada no parágrafo único do artigo 28 da Lei n.º 4.591/64, como sendo “[...] a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.³

¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 10.

² WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 431.

³ BRASIL, **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF, DOU em 21 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

Incorporação e construção não se confundem, podendo o incorporador contratar os serviços de construção de empresa terceira, como também assumir por ele mesmo a atividade de construção. Assim, “a incorporação compreende a construção, mas não é necessário que a atividade de construção seja exercida pelo próprio incorporador, pois este pode atribuir a outrem a construção.”⁴

Importante salientar que a atividade de incorporação é, por excelência, caracterizada como sendo atividade empresarial, estando tipificada em lei e com entendimento pacífico na doutrina, porque o incorporador tem o claro objetivo de obter lucro com a venda das unidades imobiliárias, assumindo os riscos inerentes ao negócio. Neste sentido:

Ao exercer a atividade de incorporação, alguém (pessoa natural ou jurídica) agrupa pessoas, utiliza fatores de produção, com o objetivo de produzir um bem, comercializá-lo e obter lucro, assumindo os riscos correspondentes. Dessa atividade não se pode dissociar a figura do empresário (incorporador): aquele que lidera o negócio, promovendo, por si ou por terceiros, o planejamento do negócio, o estudo arquitetônico e as providências para aprovação do projeto de construção, as minutas dos atos necessários à organização do empreendimento (recibo de sinal e reserva, escritura para comercialização, convenção de condomínio etc.), a captação dos recursos necessários para executar a obra, adotando, enfim, todas as medidas necessárias à organização, execução e controle de sua atividade empresarial.⁵

Para o exercício da atividade incorporativa se faz necessário o arquivamento do memorial de incorporação no Registro de Imóveis, e que deverá ser registrado na matrícula do terreno. Tal exigência encontra-se prevista no art. 32 da Lei 4.591/64⁶ e sem a qual o incorporador não estará autorizado a comercializar as unidades autônomas.

Trata-se de um dossiê que contém todas as informações e documentos que descrevem, pormenorizadamente, as características do empreendimento planejado e que nortearão a criação de novas unidades imobiliárias. No memorial de incorporação devem constar documentos que estabeleçam a estrutura do negócio, sua

⁴ CHALHUB, 2005, p. 11.

⁵ Ibid., p. 14.

⁶ BRASIL, **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF, DOU em 21 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

caracterização, identificação, bem como a identificação do próprio incorporador. Fazem parte dos requisitos do memorial documentos que comprovem a propriedade do terreno, os projetos aprovados pelas autoridades administrativas, o orçamento da obra, a metragem das futuras unidades imobiliárias, as especificações dos materiais a serem utilizados, documentos que exibam o perfil comercial do incorporador, como atestados de idoneidade financeira e certidões de distribuidores de protesto e de ações civis e criminais, entre outros. A lista de documentos essenciais ao memorial de incorporação está prevista no art. 32 da Lei 4.591/64.

Nas palavras de Chalhub,

Há, no memorial, documentos de natureza jurídica, técnica, financeira e empresarial, que se destinam a dar à pessoa interessada na aquisição condições de conhecer com exatidão o objeto que pretende comprar, bem como avaliar o risco da aquisição.⁷

Assim, o arquivamento do memorial

Dá visibilidade ao negócio da incorporação imobiliária, possibilitando ao pretendente à aquisição conhecer a estrutura do negócio, a partir da documentação do terreno, da descrição do edifício e da unidade que pretende adquirir, do custo da obra e das condições cadastrais do incorporador.⁸

A realização de vendas antecipadas das unidades imobiliárias, isto é, durante a construção, é traço característico da atividade de incorporação imobiliária. É um dos meios pelo qual, do ponto de vista econômico e financeiro, “o incorporador promove a captação de recursos necessários à consecução da incorporação”.⁹

Assim, a atividade de incorporação importa em captação de recursos do público e envolve interesse da economia popular, tendo, portanto, relevante responsabilidade social. Apesar de o contrato de incorporação ser uma relação jurídica individual entre o incorporador e cada adquirente, “o escopo do contrato extravasa o limite da individualidade de cada contratante”¹⁰, visto que o objetivo da incorporação será

⁷ CHALHUB, 2005, p. 39.

⁸ Ibid., p. 40.

⁹ Ibid., p. 11.

¹⁰ Ibid., p. 143.

atingido, isto é, a construção da edificação coletiva, com os esforços de todos os adquirentes. Desta forma, as partes no contrato de incorporação estão vinculadas como membros de uma sociedade, com um objetivo comum.

“Aspecto de extraordinária relevância nesse contrato é o interesse coletivo, que constitui traço marcante de sua função social e que, em consequência, dá o tom do seu escopo e condiciona sua funcionalidade econômica.”¹¹

Nas palavras de Freitas Gomes, o contrato de incorporação é hoje contrato típico em face da Lei 4.591/64 e

caracteriza-se como negócio jurídico misto de elementos de diversas avenças e se propõe à consecução de objeto (edificação de unidades habitacionais para oferecimento ao público), que corresponde à atividade econômica vital para o País, a refletir o interesse de variados segmentos da sociedade (econômico, social, financeiro etc).¹²

Podemos conceituar, portanto, segundo Chalhub, a atividade de incorporação imobiliária como sendo a atividade desenvolvida pelo incorporador na coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, abrangendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, após estarem concluídas, bem como a constituição de propriedade sobre as unidades imobiliárias autônomas integrantes de conjuntos de imóveis, com a devida regularização no Registro de Imóveis competente e a instituição do condomínio especial.

Nas palavras de Ferreira Pinto, o objetivo do contrato de incorporação

[...] consiste na alienação de unidade imobiliária a ser edificada ou em edificação, a ser entregue como propriedade autônoma ao adquirente, pronta e acabada, em regime condominial. À unidade vincula-se, necessariamente, uma fração ideal de terreno, decorrendo sua configuração jurídica do regime especial da propriedade horizontal previsto na lei 4.591/64. A finalidade pode ser residencial, comercial, industrial ou de lazer.¹³

¹¹ CHALHUB, 2005, p. 143.

¹² FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 25, n. 52, p. 61-74, Jan.-Jun. 2002. p. 73.

¹³ PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira. Contrato de incorporação imobiliária e sua resolução. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). **O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 251.

Trata-se a incorporação imobiliária de negócio jurídico bilateral, típico, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada.¹⁴ Bilateral porque contém obrigações correspectivas entre os contratantes. Típico porque é explicitamente previsto no parágrafo único do artigo 28 da Lei 4.591/64. Consensual porque é contraído mediante declaração de vontade das partes envolvidas. Oneroso porque contém prestações recíprocas e visa vantagens para ambos os contratantes, o incorporador receberá o preço ajustado e o adquirente a unidade desejada. Comutativo porque há equivalência entre as obrigações das partes. Solene porque necessariamente depende da observância da forma prescrita em lei. Negócio de execução continuada porque as prestações e contraprestações não se executam num só momento, se dilatando no tempo, de um lado, com o escalonamento das etapas da construção e o gradual desenvolvimento da obra até sua conclusão, averbação no Registro de Imóveis e entrega aos adquirentes, e de outro, com o pagamento parcelado realizado pelos adquirentes.

O contrato de incorporação também pode ser realizado por meio da contratação da aquisição da fração ideal do terreno separadamente da contratação da construção da unidade. Nestes casos, “figurarão no contrato de construção o construtor, como prestador de serviços, e o adquirente, como tomador dos serviços de construção”¹⁵. Caso o incorporador seja também o construtor, figurará como prestador do serviço de construção. Assim, o contrato de construção fica vinculado ao contrato de aquisição da fração ideal do terreno, “mas é possível a resolução do contrato de construção, destacadamente [...], mantendo-se o contrato de compra e venda [...] da fração ideal do terreno, possibilitando aos adquirentes prosseguirem a realização da obra.”¹⁶

A construção, nestes casos, pode ser contratada de duas formas: por empreitada ou por administração (arts. 55 a 57 e arts. 58 a 62 respectivamente, da Lei 4.591/64).

A construção por empreitada “pode ser de material e mão-de-obra ou somente de mão-de-obra, e em qualquer das hipóteses o contrato será de prestação de serviços [...]”¹⁷ Quanto ao preço, “pode ser contratada por preço fixo ou por preço

¹⁴ CHALHUB, 2005, p. 144.

¹⁵ Ibid., p. 181.

¹⁶ Ibid., p. 182.

¹⁷ CHALHUB, loc. cit.

reajustável, de acordo com a variação de índices previamente convencionados.”¹⁸ Em ambas opções o preço tem previsão contratual. Segundo Chalhub, nesta modalidade o incorporador responde pela entrega da unidade aos adquirentes, sendo que a construção tem prazo certo para ser finalizada, de acordo com cronograma físico e financeiro da obra, que são parte integrante do contrato de construção.

A contratação por administração, também denominada “a preço de custo”, “contempla apenas a execução dos serviços da construção, em que o construtor se limita, basicamente, a dirigir a obra e fornecer a mão-de-obra.”¹⁹ Neste caso, “o preço da construção não é fixado no contrato, mas apenas estimado, assumindo os adquirentes o valor efetivo que vier a ser apurado ao longo da obra.”²⁰ Assim, “a obrigação do construtor é promover a execução dos serviços relativos à obra, responsabilizando-se por sua direção técnica e pelo fornecimento da mão-de-obra necessária a tal fim.”²¹

2.2 PARTES E OBRIGAÇÕES

As partes do contrato de incorporação imobiliária são, em regra, de um lado, o incorporador, e de outro, o adquirente, que adquiriu ou promete adquirir a unidade autônoma da edificação a ser construída ou em construção. Porém, podem ainda atuar como sujeitos do contrato de incorporação o proprietário do terreno, quando não o seja o próprio incorporador ou no caso da aquisição do terreno se fizer mediante permuta, o construtor, para os casos em que o incorporador contratar a construção do empreendimento, e agentes de financiamento da obra quando contratados pelo incorporador.

Assim, segundo Chalhub, a identificação dos sujeitos do contrato de incorporação dependerá das peculiaridades de cada situação, sendo que é imprescindível que os contratantes, de acordo com os princípios de ordem geral, tenham capacidade para contrair obrigações, e do incorporador exige-se ainda a

¹⁸ CHALHUB, 2005, p. 183.

¹⁹ CHALHUB, loc. cit.

²⁰ Ibid., p. 182.

²¹ Ibid., p. 183.

capacidade para transmitir os direitos de propriedade ou os direitos aquisitivos sobre o terreno, além da legitimidade para promover a incorporação.

Para atingir o objetivo desta pesquisa, abordaremos apenas os contratantes: incorporador e adquirentes.

O incorporador é a pessoa, natural ou jurídica, responsável por exercer a atividade de incorporação, é “o formulador da ideia da edificação, o planejador do negócio, o responsável pela mobilização dos recursos necessários à produção e comercialização das unidades imobiliárias integrantes de edificações coletivas [...]”.²²

A definição legal da figura do incorporador vem descrita no artigo 29 da Lei nº 4.591/64, sendo:

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

Tal definição é “demasiado longa, imprecisa e deselegante”²³, na opinião de Caio Mário da Silva Pereira, autor do Anteprojeto da referida Lei, que havia definido a figura do incorporador em seu Anteprojeto de maneira clara, concisa, completa, simples e precisa, a saber:

Considera-se incorporador e se sujeita aos preceitos desta lei toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação.²⁴

A lei estabelece taxativamente quem pode exercer tal atividade, sendo que “somente podem operar como incorporador o proprietário do terreno, o promitente

²² CHALHUB, 2005, p. 12.

²³ PEREIRA, 1976 apud CHALHUB, 2005, p. 15.

²⁴ PEREIRA, 1976 apud CHALHUB, 2005, p. 15.

comprador (com cláusula de irretratabilidade), o cessionário deste ou o promitente cessionário, admitindo a lei, ainda, que o construtor ou o corretor de imóveis exerça essa atividade”.²⁵

Segundo Gomes²⁶, as obrigações do incorporador são divididas em legais e contratuais. As obrigações legais têm o propósito de resguardar os adquirentes de possível malícia do incorporador e “distribuem-se no tempo, sendo exigíveis antes da incorporação, no curso de empreendimento, ou após a conclusão da obra”.²⁷

As obrigações legais exigíveis antes da incorporação são: a) inscrever a incorporação no registro imobiliário; b) consignar nos documentos preliminares o prazo de carência.

As exigíveis no curso da incorporação são: c) indicar no contrato de incorporação o número do registro da incorporação; d) discriminar o modo de pagamento do preço da construção; e) discriminar o custo da fração ideal do terreno; f) dar andamento regular às obras.

As exigíveis após a conclusão da obra são: g) providenciar a averbação da construção; h) providenciar a elaboração do instrumento de condomínio.

A instituição do condomínio especial é obrigação a ser cumprida pelo incorporador após concluída e averbada a construção no Registro de Imóveis, com a consequente individualização das unidades autônomas. Consiste basicamente na elaboração de um instrumento que pormenorize a propriedade coletiva e as propriedades individuais, definindo os poderes atribuídos aos condôminos e as regras de utilização do imóvel comum entre os co-proprietários. A matéria era estabelecida nos arts. 1º a 27 da Lei nº 4.591/64, estando agora contemplada nos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil de 2002.

Já as obrigações contratuais nascem com a celebração do contrato de incorporação e são as seguintes: a) transferir a fração ideal vendida; b) firmar a escritura definitiva de venda da fração ideal do terreno, transmitindo a propriedade; c) promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas, estabelecendo o

²⁵ CHALHUB, 2005, p. 17.

²⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 452-453.

²⁷ GOMES, loc. cit.

plano de obra e, eventualmente, as condições da construção; d) entregar a seus adquirentes, devidamente averbadas, as unidades que adquiriram.

Gomes ainda salienta que “certas obrigações do incorporador tem de ser cumpridas sob sanções penais, constituindo algumas infrações crime contra a economia popular e outras contravenções relativas à mesma economia”.²⁸ São pré-contratuais as obrigações cuja infração constitui crime e contratuais as obrigações cuja infração constitui contravenção penal.

Chalhub sintetiza as principais obrigações do incorporador na seguinte lista:

1. A primeira e fundamental obrigação do incorporador, que constitui requisito para legitimá-lo a oferecer os imóveis à venda, é promover o registro da incorporação (art. 32);
2. É obrigação do incorporador manter seu nome indicado ostensivamente no local da construção (art. 31, §2º);
3. Em todos os anúncios que fizer, bem como nos contratos e quaisquer papéis relativos à incorporação, o incorporador deve mencionar o número do registro do memorial (art. 32, §3º);
4. Atualizar a documentação do memorial e revalidar o registro da incorporação se, no prazo de 180 dias do registro provisório, a incorporação não estiver efetivada, nem tiver sido denunciada (art. 33, combinado com o art. 12 de Lei 4.864/65);
5. Explicitar em todos os ajustes preliminares que firmar com os adquirentes a existência do prazo de carência, se houver (art. 34, §3º);
6. Denunciar a desistência da incorporação ao Registro de Imóveis, quando for o caso, e comunicá-la imediatamente aos adquirentes (art. 34, §4º, e art. 35, §2º);
7. Terminado o prazo de carência sem denúncia da incorporação, tem o incorporador a obrigação de, em sessenta dias, outorgar aos adquirentes o contrato correspondente (promessa de compra, contrato de construção, conforme o caso); não havendo prazo de carência, o prazo de sessenta dias se conta da data de qualquer ajuste preliminar (arts. 35 e 66, III, e art. 13 da Lei 4.864/65);
8. Caso não outorgue os contratos aos adquirentes, o incorporador sujeita-se à multa de 50% calculada sobre os valores que houver deles recebido, cobrável mediante execução (art. 35, §5º);
9. Em caso de denúncia da incorporação, restituir aos adquirentes as importâncias por estes pagas, no prazo de trinta dias a contar da desistência; caso não o faça, essas importâncias são exigíveis mediante ação de

²⁸ GOMES, 2002, p. 455.

execução, com reajuste monetário e juros de 6% ao ano, sobre os valores reajustados;

10. Mencionar, nos contratos de construção, os nomes dos responsáveis pelo custeio da construção, responsabilizando-se (o incorporador) pelo custeio das unidades não vendidas (art. 35, §6º);

11. Mencionar em todos os instrumentos de ajuste a eventual existência de ônus real ou fiscal sobre o terreno (arts. 37 e 66, II); a mesma exigência se dá quando houver alguma ação que possa comprometer a titularidade do imóvel;

12. Mencionar nos instrumentos de ajuste a eventual ocupação do imóvel, esclarecendo a que título ela se dá e as condições de sua desocupação (art. 38);

13. Nas hipóteses em que o incorporador tiver contratado a aquisição do terreno mediante permuta ou promessa de permuta, deve explicitar em todos os instrumentos de ajuste qual é a parcela que será paga em dinheiro, ou a quota-parte, expressa em metros quadrados, das áreas das unidades a serem entregues em pagamento do terreno (art. 39); deve ser esclarecido, também, se o alienante do terreno ficou ou não sujeito a qualquer prestação ou encargo (art. 39, parágrafo único);

14. Deve o incorporador discriminar, nos contratos de preço global, as parcelas relativas ao valor da fração ideal de terreno e ao valor da construção (art. 41);

15. É dever do incorporador informar periodicamente aos adquirentes o estado da obra, demonstrando sua correspondência com o prazo pactuado, não podendo alterar o projeto nem desviar-se do plano de construção, salvo autorização unânime dos compradores ou exigência legal (art. 43, I, II, IV e VI), nem alterar o preço e as condições de pagamento, salvo se expressamente previsto o reajustamento (art. 43, V), não podendo, também, alterar o prazo sem anuência da comissão de representantes; não pode o incorporador retardar injustificadamente as obras ou paralisá-las por mais de 30 dias, sob pena de destituição nos termos da lei;

16. Nas hipóteses de contratação da construção por empreitada reajustável, discriminar o preço da fração ideal do terreno e o preço da construção, indicando os critérios e índices de reajuste a que está sujeita a obra em quaisquer contratos, cartas-proposta, escrituras e demais papéis, bem como na publicidade escrita em que conste o preço, excluídos os núncios classificados (art. 56);

17. Quando a construção tiver sido contratada por administração, ou a preço de custo, mencionar no contrato a data em que será iniciada a obra e o valor estimado do orçamento, atualizando esse valor no caso de ajustes celebrados até as fundações, após o seu término e nas transferências de contrato ou sub-rogações (art. 59);

18. Ainda nas construções por administração, é dever do incorporador manter para cada condomínio contabilidade específica (art. 58, I) e conta-corrente bancária própria (art. 58, II); idêntico dever é imputável ao incorporador nas incorporações submetidas ao regime da afetação;

19. Nas construções por administração, deve o incorporador discriminar o custo do terreno e o orçamento atualizado da construção, indicando o mês a que este se refere e a especificação da obra (art. 62);

20. Requerer a averbação da construção da edificação após a expedição do “habite-se”, bem como a individualização e discriminação das unidades, com a consequente instituição do condomínio de utilização do edifício (art. 44);

21. O incorporador deve comparecer às assembleias gerais que houver convocado (art. 49, §3º);

22. Tem o incorporador, ainda, a obrigação de fiscalizar o cumprimento, pelo construtor e pelos empreiteiros, das obrigações fiscais e previdenciárias, pelas quais possam ser solidariamente responsáveis o proprietário do terreno, o dono da obra e o adquirente das unidades.²⁹

Como direitos do incorporador estão os correspondentes ao seu negócio. Chalhub cita, exemplificativamente, o direito de arrepender-se da incorporação, desde que dentro do prazo de carência e de que tenha estabelecido tal direito, o direito de exigir do adquirente a assinatura do contrato definitivo, o direito de exigir do adquirente o pagamento do preço pactuado em contrato, mediante execução do crédito, ação de resolução do contrato, venda da unidade por meio de leilão extrajudicial (art. 63 e parágrafos e art. 1º da Lei 4.864/65), direito de promover o leilão da unidade para os casos em que tenha vendido com pacto adjecto de alienação fiduciária (Lei 9.514/97, art. 27), direito de transferir a terceiros os direitos do adquirente inadimplente que tiver o contrato desfeito em razão da mora e o direito de retenção da unidade como garantia de recebimento de seu crédito.³⁰

As obrigações dos adquirentes se resumem a: i) efetuar o pagamento do preço pactuado, seja qual for a modalidade de contratação da incorporação e ii) não interferir na obra, seja para não prejudicar o desenvolvimento da construção, seja para não se expor a riscos inerentes ao canteiro de obras e proteger sua integridade física.³¹

Os principais direitos dos adquirentes, além o de receber a unidade imobiliária identificada no contrato de aquisição, podemos verificar na seguinte lista de Chalhub:

1. Obter do incorporador o contrato relativo à aquisição da unidade (ou contrato de aquisição da fração ideal e o de construção), no prazo de sessenta dias a contar do final do prazo de carência, se houver; se não houver prazo de carência, o prazo para a outorga do contrato se conta da data de qualquer documento de ajuste preliminar (art. 35 e seu §1º);

²⁹ CHALHUB, 2005, p. 159-162.

³⁰ Ibid., p.162-163.

³¹ CHALHUB, loc. cit.

2. Promover a averbação, no Registro de Imóveis, da carta-proposta ou do documento de ajuste preliminar para aquisição da unidade, caso o incorporador deixe de outorgar o contrato relativo à respectiva unidade (art. 32, §4º);
3. Obter do incorporador o pagamento da multa de 50% sobre a quantia que a ele tiver pago, caso seja descumprida a obrigação de outorga do contrato a que se refere o caput do art. 35;
4. No caso de denúncia da incorporação, receber do incorporador, em restituição, as quantias que a ele tiver pago, assegurado ao adquirente cobrá-la por via de execução, com reajuste e juros de 6% ao ano sobre o valor reajustado;
5. Acompanhar o andamento da obra, mediante atuação da Comissão de Representantes;
6. Obter do incorporador relatórios periódicos em que fique demonstrado o andamento da obra em correspondência com o prazo pactuado no contrato ou em correspondência com o cronograma da obra;
7. Promover a notificação do incorporador caso, injustificadamente, haja retardamento da obra ou sua paralisação por mais de trinta dias, para que ele reinicie a obra em trinta dias e lhe dê andamento normal;
8. Destituir o incorporador, caso não atenda a notificação referida no item anterior;
9. Assumir, representados pela Comissão de Representantes, a administração da obra em caso de destituição ou de falência do incorporador;
10. Obter do incorporador indenização dos prejuízos decorrentes da não conclusão da obra ou do seu retardamento injustificado;
11. Promover, no Registro de Imóveis, a averbação da construção, caso o incorporador ou o construtor não o faça (art. 44, §2º);
12. Obter, do incorporador e/ou do dono do terreno, a escritura de compra e venda da unidade e/ou fração ideal do terreno, inclusive mediante adjudicação compulsória ou ação de cumprimento de obrigação de fazer, conforme o caso. Na hipótese de falência da empresa incorporadora, a comissão de representantes dos adquirentes fica investida de poderes para outorgar a escritura (art. 31F, §3º da Lei nº 4.591/64, com a redação dada pelo art. 53 da Lei nº 10.931/2004).³²

Têm os adquirentes o direito de se reunirem, em órgão denominado Assembleia Geral dos Contratantes, para deliberação dos assuntos de seus interesses frente à incorporadora, conforme definido no artigo 49 da Lei 4.591/64. O órgão pelo qual fiscalizam e administram os seus interesses é a Comissão de Representantes, que é formada, logicamente, por adquirentes, definida no artigo 50 da referida lei. Tais órgãos são importantíssimos por velar pelos interesses do

³² CHALHUB, 2005, p. 163-164.

conjunto dos adquirentes, dada a função sócio-econômica do empreendimento de incorporação imobiliária, a qual a lei atribui papel importante na execução do contrato de incorporação. Com o advento do regime de afetação patrimonial para as incorporações, estes órgãos receberam maior poder de controle sobre o negócio, impondo ao incorporador a obrigação de prestar trimestralmente informações referentes ao andamento da obra e a correspondência com os valores arrecadados e com o prazo pactuado.³³

Portanto, no contrato de incorporação imobiliária, segundo Chalhub

[...] o incorporador se obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em edificação coletiva e, bem assim, a transmitir a propriedade dessas unidades aos respectivos adquirentes, firmando os respectivos contratos durante a construção; em contrapartida, obrigam-se os adquirentes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir.³⁴

2.3 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Cada incorporação possui receita própria, proveniente das vendas das unidades e de eventuais financiamentos à obra, o que permite, a princípio, ter autonomia financeira, “pois o volume potencial das receitas é, naturalmente, superior ao custo da obra.”³⁵ Assim, cada incorporação “tem estrutura econômico-financeira capaz de lhe proporcionar auto-sustentação, independente de outras fontes de receita”³⁶, o que torna possível a este tipo de negócio adotar mecanismos como o regime de afetação com a finalidade de assegurar o desenvolvimento da obra e os direitos dos credores, em especial os adquirentes.

Segundo Chalhub, a teoria da afetação pressupõe segregação patrimonial. Importa em destacar de um patrimônio geral um ou mais patrimônios específicos, lançando encargos sobre estes bens, com o objetivo de vinculá-los a finalidades específicas. No entanto, tais conjuntos de direitos e obrigações afetados não ficam

³³ CHALHUB, 2005, p. 165.

³⁴ Ibid., p. 137.

³⁵ Ibid., p. 76.

³⁶ CHALHUB, loc. cit.

alheios ao patrimônio geral, possuindo apenas autonomia funcional, de modo que, após concluída a finalidade que ensejou sua afetação, o resultado, se positivo, integrará o patrimônio geral.

De acordo com essa teoria,

[...] é possível a existência de várias massas patrimoniais sob titularidade de um mesmo sujeito, constituídas com a precípua finalidade de se alcançar determinados fins ou para viabilizar determinada exploração econômica. Para esse fim, não é necessário que o bem objeto da afetação seja retirado do patrimônio do titular, mas, sim, que seja vinculado a determinada finalidade, sempre mediante expressa autorização legal [...]³⁷

Desta forma, “cria-se um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes fiquem afetadas à consecução da incorporação”³⁸, visando assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes, vinculando o incorporador “ao cumprimento da função econômica e social da incorporação afetada.”³⁹

Assim,

A finalidade da afetação é a consecução do negócio incorporativo, que compreende a execução da obra, sua regularização no Registro de Imóveis, concluindo com a entrega dessas unidades, a transmissão da propriedade aos seus respectivos titulares e o resgate do financiamento da construção, se houver, [...]⁴⁰

Antes da promulgação da Lei nº 10.931/2004⁴¹ (patrimônio de afetação de incorporação imobiliária), os adquirentes contavam com a tutela especial prevista na Lei de Incorporação nº 4.591/64, listadas abaixo:

[...] (a) exigência de arquivamento do Memorial de Incorporação, como requisito prévio da oferta pública do empreendimento, (b) sanções civis e penais contra o incorporador que, por ação ou omissão, frustrar a segurança jurídica do negócio, (c) irretroatividade do contrato de promessa de compra

³⁷ CHALHUB, 2005, p. 76.

³⁸ Ibid., p. 62.

³⁹ CHALHUB, loc. cit.

⁴⁰ Ibid., p. 94.

⁴¹ BRASIL. **Lei n.º 10.931, de 02 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias [...]. Brasília, DF, DOU em 03 ago. 2004. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.931.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

e venda, assegurando aos adquirentes a obtenção compulsória do contrato definitivo, (d) dever do incorporador de informar sobre o andamento da obra, (e) direito dos adquirentes de substituir o incorporador e (f) classificação dos créditos dos adquirentes, em caso de falência do incorporador, como créditos privilegiados.⁴²

Bem como pelo sistema de proteção contratual estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. Porém, tais mecanismos de proteção não eram suficientes para resguardar os direitos dos adquirentes das unidades em construção, pelo fato de o patrimônio da incorporação não estar segregado do patrimônio geral do incorporador, permitindo assim que outras obrigações do incorporador pudessem interferir na saúde financeira do empreendimento, em atenção ao princípio segundo o qual o patrimônio é a garantia geral dos credores.

Com o advento da Lei nº 10.931/2004, que por meio do artigo 53 deu redação aos artigos 31A a 31F da Lei nº 4.591/64, regulamentando o regime de afetação nas incorporações imobiliárias, mecanismos de proteção patrimonial vieram para assegurar os direitos dos adquirentes, permitindo a segregação do patrimônio da incorporação, tornando-o incomunicável com os demais negócios do incorporador, de tal forma que todos os direitos e obrigações de determinada incorporação fiquem adstritos somente a ela⁴³. Desta forma, além de impedir que o incorporador disponha livremente dos recursos de seu patrimônio geral, transferindo receitas de um empreendimento a outro, por exemplo, também restringe que eventuais obrigações que o incorporador venha a ter com insucessos em outros empreendimentos, como falência, débitos fiscais, trabalhistas, execução de credores etc, ou mesmo obrigações pessoais capazes de atingir o patrimônio empresarial, afetem o desenvolvimento da obra. Assim, “o patrimônio de afetação só responde pelas suas próprias dívidas e obrigações.”⁴⁴

Neste sentido,

[...] a afetação pode constituir importante mecanismo de segurança dos adquirentes de unidades imobiliárias integrantes de incorporação imobiliária,

⁴² CHALHUB, 2005, p. 67.

⁴³ Dentro dos limites da lei, que prevê que o patrimônio afetado corresponde somente ao necessário para a conclusão da obra e a regularização da mesma frente às autoridades administrativas e ao Registro de Imóveis competente.

⁴⁴ CHALHUB, 2005, p. 63.

na medida em que, representando um patrimônio com autonomia funcional em relação ao patrimônio geral do incorporador, protege as unidades imobiliárias dele integrantes contra efeitos patrimoniais negativos decorrentes de eventuais desequilíbrios econômico-financeiros do incorporador, notadamente contra os efeitos de sua insolvência.⁴⁵

Mas o texto legal que regulamentou a teoria da afetação para as incorporações imobiliárias não vinculou a obrigatoriedade de adoção ao regime. De acordo com o artigo 31A da Lei nº 4.591/64, fica a critério do incorporador optar ou não pelo regime de afetação. Segundo Chalhub, a segregação patrimonial deveria ser compulsória para as incorporações. Desta forma, a lei deixa os adquirentes e demais credores a mercê da livre escolha e conveniência do incorporador. Apenas como meio para incentivar os incorporadores a optarem pelo regime de afetação, há um regime especial de tributação, previsto nos artigos 1º a 11 da Lei nº 10.931/2004, que conferem benefícios fiscais às incorporações sob tal regime.

De fato, sem o regime de afetação, elementos estranhos a incorporação podem levar o empreendimento ao insucesso e à frustração da finalidade econômica e social do contrato, importando em grandes riscos para os credores da incorporação, principalmente para os adquirentes.

Importante destacar que “a afetação do acervo da incorporação imobiliária só se considera eficaz perante terceiros mediante assentamento no Registro de Imóveis da situação do imóvel, por meio de averbação do *termo de afetação*.”⁴⁶ A constituição do patrimônio de afetação, por meio do termo de afetação, está prevista no artigo 31B da Lei nº 4.591/64.

A incorporação imobiliária sob o regime da afetação patrimonial também oferece outra grande vantagem, pois “a Comissão de Representantes dos adquirentes fica investida de poderes para assumir a administração da incorporação em caso de atraso injustificado da obra ou em caso de falência”⁴⁷, de modo que isto se resume em um importante mecanismo de resolução extrajudicial. Chalhub destaca que,

⁴⁵ CHALHUB, 2005, p. 85.

⁴⁶ CHALHUB, loc. cit.

⁴⁷ Ibid., p. 63.

Neste caso, a Comissão assumirá a administração da incorporação diretamente, independente de intervenção judicial, promoverá a venda, em leilão extrajudicial, das unidades imobiliárias do “estoque” da empresa incorporadora e prosseguirá a obra com autonomia, imune aos efeitos da falência, recolhendo à massa falida, no final da obra, o saldo positivo, se houver.⁴⁸

2.4 BASE LEGAL

A atividade de incorporação imobiliária se iniciou antes mesmo de existir regulamentação própria. Diante da necessidade de desenvolvimento econômico no Brasil, a partir dos anos 50, fruto da industrialização que impulsionou a busca por imóveis nos grandes centros urbanos, surgiu a figura do empresário imobiliário, que, “adiantando-se ao legislador, passou a organizar ou coordenar a construção de edificações para alienação de unidades autônomas em regime condominial, recebendo a designação de “incorporador”.”⁴⁹

Assim, visando acompanhar o movimento econômico e social, teve o legislador a necessidade de regulamentar precisamente a nova atividade empresarial, denominada incorporação imobiliária.

Atualmente, a atividade de incorporação imobiliária tem previsão legal e é regida pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que também dispõe sobre o condomínio em edificações, bem como, supletivamente, pela Lei n.º 4.864/65 (Lei de Estímulo à Construção Civil)⁵⁰.

Sobre a regulamentação do condomínio, vale ressaltar que o CC/2002 “disciplina a instituição e a organização do condomínio no capítulo intitulado “Do condomínio edilício” [...], que trata de quase toda a matéria contida nos arts. 1º a 27 da Lei n.º 4.591/64.”⁵¹

Para Pinto,

A lei 4.591/64, com suas revisões, constitui documento moderno e atualizado, que permite o desenvolvimento do comércio jurídico, em um sistema de

⁴⁸ CHALHUB, 2005, p. 63.

⁴⁹ PINTO, 2003, p. 211.

⁵⁰ Ibid. p. 212.

⁵¹ CHALHUB, op. cit., p. 25.

cooperação entre os contratantes. O texto legal atribui força relativa ao princípio da autonomia da vontade, com um regramento rigoroso, extenso e completo de proteção ao adquirente, com disposições de ordem pública que definem o conteúdo do contrato, constituindo um instrumento de notável riqueza jurídica, pois espelha equilíbrio entre a intervenção do Estado em defesa do interesse coletivo e a necessidade de permitir a atuação da livre iniciativa.⁵²

Importante mecanismo de proteção dos adquirentes foi instituído posteriormente pela Lei n.º 10.931/2004, que trata do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, cujo assunto foi abordado anteriormente em tópico específico deste trabalho.

Além da regulamentação específica, o contrato de incorporação também é submetido ao CDC, por ser caracteristicamente de consumo⁵³ – devido à relação entre fornecedor e consumidor⁵⁴.

Assim, nestes contratos, de acordo com Chalhub, é certo que se lhe aplicam as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, vez que a referida lei geral está fundada, como a lei especial das incorporações, nos mesmos pilares norteadores da moderna teoria contratual, entre eles a boa-fé objetiva, a funcionalização do contrato e a proteção dos direitos dos adquirentes-consumidores por meio do princípio do equilíbrio contratual.

No entanto, segundo o mesmo autor, não se deve interpretar as relações deste tipo de negócio jurídico exclusivamente às luzes do CDC, pois o contrato de incorporação é complexo e possui legislação própria (Lei nº 4.591/64), e, na sua especificidade, naquilo que lhe é próprio da atividade, deve ser interpretado segundo tal legislação, que contempla mecanismos de proteção dos adquirentes, sob pena de redução de investimentos na atividade empresarial, em razão do possível risco aumentado por decisões judiciais, reduzindo a atratividade do negócio para empresários do ramo, o que, certamente, causaria enorme prejuízo para toda sociedade.

⁵² PINTO, 2003, p. 212.

⁵³ Salvo situações em que os adquirentes não são meros consumidores, e sim investidores que possuem conhecimento do mercado e entram no negócio para auferir lucros com revenda e especulações, tanto de imóveis residenciais quanto comerciais, não se tratando, nestes casos, de destinatários finais do bem.

⁵⁴ Os conceitos de relação de consumo, fornecedor, consumidor e destinatário final serão abordados no sub tópico 4.3 – O contrato de adesão nas relações de consumo.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma ser certo que o CDC deva incidir sobre o contrato de incorporação imobiliária, no tocante a, por exemplo, cláusulas e práticas abusivas e propaganda enganosa. Porém, naquilo que é específico do contrato de incorporação, continua regido pela Lei específica (Lei 4.591/64). Conforme se constata da seguinte decisão:

INCORPORAÇÃO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO. LEI 4.591/64. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

[...] ⁵⁵ (grifo nosso).

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp. nº 80.036, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Recorrente: Osvaldo Luiz Bulhara e cônjuge. Recorrido: Marula Incorporadora Comercial Ltda. Julgado em 12 fev.1996, DJU 25 mar. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500608634&dt_publicacao=25-03-1996&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 04 abr. 2018.

3 COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

3.1 CONCEITO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Regulado pelo Decreto-Lei nº 58 de 1937, o compromisso de compra e venda de imóveis é o contrato pelo qual as partes se comprometem a celebrar um contrato futuro, que é o contrato de compra e venda. Trata-se “de contrato preliminar pelo qual as partes se obrigam a firmar o contrato definitivo de compra e venda.”⁵⁶

Neste tipo contratual, o vendedor, chamado de promitente vendedor (ou compromitente), se obriga a outorgar a escritura definitiva, transmitindo o domínio sobre o imóvel ao comprador, desde que este cumpra com sua obrigação de pagar o preço pactuado; e o comprador, chamado de promitente comprador (ou compromissário), se obriga a pagar o preço, pois este é o implemento necessário a que está obrigado, diante da condição suspensiva, para exercer seu direito de aquisição. O pagamento do preço normalmente é feito em parcelas sucessivas e deve conter previsão contratual.

No entanto, Gomes esclarece que, apesar de ser um contrato pelo qual as partes se comprometem a firmar um contrato definitivo em data futura, não se trata especificamente de contrato preliminar, pois este instrumento tem características e conteúdo próprios que o aproximam mais de uma modalidade da compra e venda do que de contrato preliminar.

Segundo o autor, constam do compromisso assumido pelos contratantes todos os elementos do contrato de compra e venda, e que, entretanto, “por uma questão de oportunidade ou de conveniência, não efetuam imediatamente, pela forma prescrita na lei, o chamado contrato definitivo, nem tornam de logo efetiva a venda.”⁵⁷ Diante deste fato, tem o promitente comprador o direito de se tornar o proprietário do bem que lhe foi prometido irrevocavelmente à venda, senão por ação voluntária do promitente vendedor, após este receber o preço, por força judicial através da adjudicação compulsória, o que exclui a possibilidade do compromisso de compra e venda ser contrato preliminar, “porque só é possível adjudicação compulsória nas

⁵⁶ CHALHUB, 2005, p. 177.

⁵⁷ GOMES, 2002, p. 359.

obrigações de dar e [...] o contrato preliminar ou promessa de contratar gera uma obrigação de fazer, a de celebrar o contrato definitivo.”⁵⁸

“Importante anotar que o contrato de promessa de compra e venda deve conter todos os elementos do contrato definitivo, o que, não ocorrendo, prejudica a adjudicação”⁵⁹, diante de eventual recusa do promitente vendedor em outorgar a escritura pública definitiva.

Assim, o compromisso de compra e venda, ou promessa irrevogável de compra e venda, é “o contrato típico pelo qual as partes se obrigam reciprocamente a tornar eficaz a compra e venda de um bem imóvel, mediante a reprodução do consentimento no título hábil.”⁶⁰

No mesmo sentido, Viana leciona que,

Na promessa irrevogável as partes prometem reiterar a declaração de vontade constante do compromisso. O consentimento já foi dado, na promessa, e os contratantes avençam repeti-lo no instrumento próprio, que é a escritura pública de compra e venda.⁶¹

Importante destacar que, segundo Chalhub, este tipo de contrato funciona como espécie de garantia ao vendedor, que só transmitirá o domínio do bem ao comprador após este pagar-lhe todo o preço. Assim, o promitente vendedor transmite ao promissário comprador os direitos aquisitivos sobre o imóvel, o direito de uso e fruição, e conserva consigo o domínio, que só transmitirá quando o promissário comprador complementar o pagamento do preço.⁶²

Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser elaborados por escritura pública ou por instrumento particular, conforme o artigo 1.417 do Código Civil/2002 e artigo 26 da Lei nº 6.766/79.

⁵⁸ GOMES, 2002, p. 361.

⁵⁹ VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XVI: dos direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 760.

⁶⁰ GOMES, op. cit., p. 360.

⁶¹ VIANA, op. cit., p. 756.

⁶² CHALHUB, 2005, p. 188.

Para os contratos de incorporação, a promessa de compra e venda vale para o adquirente como “compromisso preliminar de aquisição futura e, para o incorporador, como promessa de construção e de venda.”⁶³

Em sua obra, Chalhub traz a informação de que

Predomina nas incorporações a contratação de promessa de venda de coisa futura, tendo como objeto a unidade imobiliária que ainda será construída, ao invés da contratação da venda da fração ideal do terreno conjugada com a contratação da construção. É a modalidade que mais se ajusta ao negócio da incorporação [...].⁶⁴

A venda da unidade imobiliária como coisa futura está regulada nos artigos 41 a 43 da Lei nº 4.591/64 – Lei das Incorporações, bem como no Código Civil/2002, em seu artigo 483, que admite o contrato de venda de coisa futura.

[...] ao se firmar um contrato de promessa, na fase da construção, tem-se inicialmente, em termos concretos, apenas a fração ideal, mas, por força do registro da incorporação, essa fração estará indissoluvelmente vinculada às acessões que vierem a se lhe acrescentar e que constituirão a futura unidade imobiliária, esta também já definida de acordo com o projeto.⁶⁵

Segundo Gomes, o compromisso de compra e venda de imóveis extingue-se por execução voluntária (fim esperado), por execução coativa em forma específica (ordem judicial), por resolução (quando extinto antes de ter alcançado seu fim, por inexecução) e por dissolução por mútuo consentimento. Importante destacar que, se constituído direito real pelo registro do título, necessário se faz o cancelamento deste registro. No caso de adjudicação compulsória e resolução, o cancelamento se dá por mandado judicial. Na execução voluntária, o próprio registro da escritura pública implica o cancelamento do registro do compromisso. Na dissolução por mútuo consentimento, cancela-se a requerimento das partes.

⁶³ CAMBLER apud CHALHUB, 2005, p. 179.

⁶⁴ CHALHUB, 2005, p. 179.

⁶⁵ Ibid., p. 180.

3.2 MECANISMOS DE FINANCIAMENTO

O negócio da incorporação imobiliária, por se tratar de construção civil de grande porte, despertando relevante interesse da economia nacional, e por ser necessário a contratação de diversos profissionais e prestadoras de serviços, envolve a mobilização de elevados valores. O incorporador, desta forma, conta com formas de financiamento para atingir o objetivo e concluir o empreendimento.

As principais fontes de financiamento do incorporador são, segundo Chalhub: a) Venda antecipada das unidades imobiliárias; b) Cédula hipotecária; c) Cédula de Crédito Imobiliário; d) Letra hipotecária e Letra de Crédito Imobiliário; e) Securitização de créditos imobiliários; f) Fundos de investimento imobiliário.

Dentre as fontes de financiamento destaca-se a venda antecipada das unidades imobiliárias a serem construídas. Esta é a forma pela qual o incorporador capta recursos expressivos e com o menor custo, pois, ao vender antecipadamente as unidades, reduz a necessidade de empréstimos bancários, como no caso da hipoteca, por exemplo.

Desta forma, a venda antecipada de unidades apresenta-se de grande importância para o incorporador.

Vale lembrar que, a venda antecipada de unidades, além de ser importante fonte de financiamento, também é importante instrumento para o incorporador analisar a viabilidade do empreendimento, no período de carência que dispõe para decidir se segue adiante com a incorporação ou se desiste do negócio.

Segundo Chalhub, a modalidade de contrato mais frequente na relação jurídica entre o incorporador e o adquirente é o compromisso de compra e venda.

3.3 PRINCIPAIS DIREITOS DOS PROMITENTES COMPRADORES

O Código Civil/2002 traz em seus artigos 1.417 e 1.418, disposições acerca do direito do promitente comprador, conferindo direito real a este se, no instrumento,

público ou particular, não contiver cláusula de arrependimento e se o contrato for registrado no Cartório de Registro de Imóveis. A saber:

Artigo 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.⁶⁶

Artigo 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar, e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.⁶⁷

Vale esclarecer do que se trata o direito real mencionado pelos referidos artigos.

Os direitos reais estão previstos no Livro III do Código Civil/2002, parte dedicada ao Direito das Coisas, “em que se regula a apropriação dos bens pelo ser humano e as formas de sua utilização econômica”⁶⁸.

De acordo com Viana, o direito real incide sobre uma coisa, adere a ela e a afeta diretamente, permitindo, assim, que o detentor de tal direito acompanhe a coisa em todas as suas vicissitudes, podendo reclamá-la a quem se opuser, conferindo caráter *erga omnes*, que significa dizer oponível contra todos.

O titular de um direito real tem amplo poder sobre a coisa, e com exclusividade pode retirar toda utilidade que esta puder proporcionar, decorrência da garantia conferida pela ordem jurídica. Não depende de qualquer relação jurídica, nem de ato ou prestação de pessoa determinada, bastando, para tanto, prová-lo, “sendo bastante o sujeito ativo do direito e a coisa sobre que recai, para que exista e se exerça o direito.”⁶⁹

⁶⁶ BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, DOU em 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

⁶⁷ BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, DOU em 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

⁶⁸ VIANA, 2007, p. 4.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 6.

“A função específica dos direitos reais é de atribuição das coisas às pessoas, permitindo-lhes a apropriação e utilização, ou seja, obter benefícios do valor daquelas.”⁷⁰

O inciso VII do artigo 1.225 do CC/2002 prescreve como direito real o direito do promitente comprador de imóvel. Contudo, é importante salientar que o direito real conferido ao adquirente de imóvel só se constitui mediante o registro do contrato no registro imobiliário competente, conforme se verifica no artigo 1.227 do referido Código:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.⁷¹

De acordo com Viana,

O direito real depende do registro para nascer. Nesse momento opera-se a afetação da coisa pelo direito, ocorrendo a inerência do direito à coisa. Nasce o ônus que se liga à coisa, que a ela adere e a segue, qualquer que sejam as vicissitudes que sofra a titularidade dominial.⁷²

assim,

[...] implica em oponibilidade *erga omnes*, ficando o titular do direito protegido contra novas alienações e a atos de oneração por parte do proprietário.⁷³

Voltando a análise dos artigos 1.417 e 1.418 do CC/2002, para Viana, a cláusula de arrependimento somente é válida para contratos envolvendo imóveis não-loteados, pois para os contratos envolvendo imóveis loteados existe legislação especial (Lei nº 6.766/79) tutelando o adquirente, atribuindo caráter irrevogável para as promessas de compra e venda de imóvel, dando ênfase à impossibilidade de

⁷⁰ ASCENSÃO apud VIANA, 2007, p. 4.

⁷¹ BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, DOU em 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

⁷² VIANA, 2007, p. 30.

⁷³ *Ibid.*, p. 16.

arrependimento, conforme o artigo 25 da referida Lei. Portanto, nas palavras do autor, “se o negócio envolver imóvel loteado, a irretratabilidade decorre da lei.”⁷⁴

O autor também faz ressalva sobre o artigo 1.418 do Código Civil/2002, que condiciona o fato de o promitente comprador ser titular de direito real para poder exigir a escritura definitiva de compra e venda. Segundo o artigo 1.417 do referido diploma, para a efetivação de direito real, se faz necessário que o promitente comprador registre seu título junto a Cartório de Registro de Imóveis. No entanto, Viana pondera que “o direito ao contrato definitivo não decorre apenas da promessa registrada”⁷⁵, pois, “o direito à adjudicação compulsória advém da irretratabilidade do negócio”⁷⁶ e “não sendo possível o arrependimento, nasce para o adquirente o direito de exigir o contrato definitivo.”⁷⁷

No mesmo sentido Gomes, ao dizer “que a execução coativa em forma específica é intuitivo corolário da irretratabilidade da promessa de venda inexecutada, não de sua inscrição no registro imobiliário.”⁷⁸ Assim, a adjudicação compulsória não resulta de o compromissário ter direito real, “mas de haver contraído, sem poder arrepender-se, uma obrigação de fazer consistente em emitir declaração negocial que é suprável por sentença judicial.”⁷⁹

De acordo com o mesmo entendimento, para Azevedo Jr., esta relação “ocorre apenas no campo dos direitos pessoais, direitos relativos, que operam somente inter partes, sendo indiferente – para esse fim de exigir a prestação – o fato de estar a promessa registrada ou não.”⁸⁰

Desta forma, o principal efeito do registro do contrato de promessa de compra e venda é conferir ao promitente comprador direito real de aquisição, ao limitar o poder de disposição do bem por parte do promitente vendedor, ou, na hipótese de transmissão dos direitos deste, garantir a oposição contra terceiros, a quem tais direitos foram cedidos. Assim, o direito real oriundo do registro do contrato “tutela o adquirente, inibindo que o vendedor aliene o imóvel, ou constitua ônus incidente sobre ele.”⁸¹

⁷⁴ VIANA, 2007, p. 760.

⁷⁵ Ibid., p. 761.

⁷⁶ Ibid., p. 762

⁷⁷ VIANA, loc. cit.

⁷⁸ GOMES apud VIANA, 2007, p. 762.

⁷⁹ GOMES apud VIANA, 2007, p. 763.

⁸⁰ AZEVEDO JR. apud VIANA, 2007, p. 764.

⁸¹ VIANA, op. cit., p. 758.

Neste ponto, conclui Viana ao lecionar que,

Não se justifica a exigência de registro prévio do contrato senão com forma de tutelar o promitente comprador contra alienação por parte do promitente vendedor, limitando ou reduzindo o poder de disposição deste, ao mesmo tempo que arma o adquirente de seqüela, admitindo que obtenha a escritura até mesmo contra terceiro, na forma indicada no art. 1.418.⁸²

Segundo Marques, a respeito da orientação atual do STJ, “é superável a falta de registro do compromisso de compra e venda para a concessão da escritura definitiva e mesmo da adjudicação compulsória [...]”.⁸³, de acordo com a Súmula 76 da referida corte⁸⁴.

Outro direito importantíssimo ao qual os promitentes compradores fazem jus, é no sentido de que “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. Este é o entendimento recentemente firmado pelo STJ na Súmula 308.⁸⁵ Desta forma, o adquirente da unidade imobiliária não responde pela garantia constituída sob o imóvel, que foi oferecida pela construtora ao agente financeiro.

⁸² VIANA, 2007, p. 765.

⁸³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 463.

⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 76**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_5_capSumula76.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2018.

⁸⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 308**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula308.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2018.

4 A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL

4.1 CLÁUSULA PENAL - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A cláusula penal, ou convenção de penalidade, é instituto histórico utilizado desde o direito romano⁸⁶. Em nosso ordenamento jurídico atual, está prevista nos artigos 408 a 416 do Código Civil/2002, inserida no Título IV, referente ao inadimplemento das obrigações.

É, segundo Pereira, instrumento jurídico “originariamente contratual, como contratual o seu campo de incidência mais frequente”⁸⁷, porém, pode ser inserida, por exemplo, em ato unilateral, como o testamento, bem como em obrigações decorrentes da lei. Pode aderir a qualquer obrigação, contudo, deve ser expressa e inequívoca, pois, “traz em si um objetivo penal, e nenhuma pena é de aplicar-se por inferência, senão por disposição explícita.”⁸⁸

Segundo Diniz, a cláusula penal, por possuir origem e natureza contratual, tem seus caracteres os mesmos da generalidade dos negócios jurídicos, submetendo-se aos mesmos termos das normas contratuais, sendo, capacidade para contratar, consentimento das partes e objeto lícito. Dentre os caracteres específicos da cláusula penal estão: a) Acessoriedade – a nulidade da pena convencional não induz a nulidade da obrigação principal, porém, a nulidade da obrigação principal acarreta a nulidade da pena convencional; b) Condicionalidade – está a cláusula penal condicionada a um evento futuro, que é o inadimplemento total ou parcial da obrigação principal, ou a mora no cumprimento da obrigação; c) Compulsoriedade – o devedor inadimplente não pode furtar-se a seus efeitos, tendo em vista que foi pactuada anteriormente prevendo tal situação, com o objetivo de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação; d) Subsidiariedade – para pena compensatória, pois substitui a obrigação principal, se assim o credor optar; e) Ressarcibilidade – pois constitui prévia liquidação das perdas e danos; f) Imutabilidade relativa – o magistrado

⁸⁶ RODRIGUES, 2002, p. 266.

⁸⁷ PEREIRA, 2007, p. 169.

⁸⁸ Ibid., p. 170.

poderá reduzi-la equitativamente, ainda que as partes tenham convencionado ao contrário.

Como obrigação que é, a cláusula penal submete-se a teoria das obrigações. Para Diniz,

Obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por ato nosso, ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.⁸⁹

e que, segundo a autora, sendo a obrigação uma prestação pessoal econômica, o que garante o adimplemento é o próprio patrimônio do devedor.

Trata-se de obrigação assumida pelas partes com o objetivo de reforçar o adimplemento da obrigação principal ou de uma cláusula específica do contrato, ou ainda evitar a mora do devedor, “em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infrigente de uma obrigação.”⁹⁰

Portanto, segundo Rodrigues, sua natureza jurídica é de obrigação acessória, estando estritamente vinculada a outra obrigação tida como principal ou a determinada cláusula contratual, seguindo a regra pela qual o acessório segue o principal. Sendo assim, a nulidade da obrigação principal reputa na nulidade da cláusula penal. Porém, o inverso não ocorre, pois, a nulidade da convenção de penalidade não condiciona a nulidade da obrigação principal. (artigo 92 do Código Civil/2002).

Segundo o artigo 409 (1ª parte) do Código Civil/2002, a cláusula penal “pode ser avençada conjuntamente com a obrigação principal, e normalmente o é, ou em apartado”⁹¹. Para os casos em que for convencionada em instrumento separado da obrigação principal, requer-se que seja identificada inequivocamente como sendo acessória daquela e, alerta Rodrigues, deve ser posterior a obrigação principal e, por óbvio, anterior ao inadimplemento da obrigação.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 2** : teoria geral das obrigações. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 44.

⁹⁰ PEREIRA, 2007, p. 165.

⁹¹ PEREIRA, loc. cit.

Segundo Rodrigues, a cláusula penal tem duas finalidades. A primeira, denominada compulsória, é servir de reforço à obrigação principal, compelindo o devedor ao adimplemento, pois, ao prever uma pena para o caso de inadimplemento total ou parcial, “constitui um reforço da obrigação, criando elemento compulsório que atua no sentido de sua execução.”⁹² A segunda finalidade ou função da pena convencional, denominada indenizatória, é pré-determinar o valor das perdas e danos devidos diante de eventual inadimplemento do contrato, figurando “como a liquidação antecipada das perdas e danos, em que normalmente se converteria o inadimplemento.”⁹³

Assim, diante da dupla função da cláusula penal, verifica-se a dupla vantagem para o credor da obrigação, “pois não só aumenta as possibilidades de adimplemento do contrato, como facilita o recebimento da indenização em caso de descumprimento do negócio.”⁹⁴ Segundo Diniz, a função indenizatória poupa o credor de ter que provar judicialmente o prejuízo sofrido, não precisando alegar qualquer dano, de acordo com o caput do artigo 416 do Código Civil/2002, que prescreve não ser necessário que o credor alegue prejuízo para exigir a pena convencional.

No entanto, ao pleitear em juízo a pena convencional, de acordo com o parágrafo único do referido artigo, ao credor fica limitado receber o valor pactuado na convenção de penalidade, mesmo que este seja inferior ao prejuízo sofrido, não sendo permitido exigir indenização suplementar, salvo se previamente pactuado esta possibilidade entre as partes, situação em que cabe ao credor provar o prejuízo excedente, demonstrando a insuficiência da pena para cobrir suas perdas e danos. Nesta hipótese, a pena convencional serve de mínimo para indenização, e, segundo Pereira, “sem necessidade da observância do teto máximo previsto no art. 412, do Código Civil de 2002.”⁹⁵

Nas linhas do artigo 409, segunda parte, do Código Civil/2002, verificamos que a cláusula penal pode ser estabelecida para os casos de total inadimplemento da obrigação, à de uma cláusula específica do contrato, ou simplesmente à mora. Desta

⁹² RODRIGUES, 2002, p. 264.

⁹³ PEREIRA, 2007, p. 166.

⁹⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 267.

⁹⁵ PEREIRA, op. cit., p. 173.

forma, para Rodrigues, podemos identificar duas modalidades de pena convencional: a compensatória e a moratória.

Segundo o referido autor, a cláusula penal compensatória aduz a inexecução completa da obrigação, e confere ao credor à livre escolha de exigir, entre uma ou outra, a pena convencional ou adimplemento da obrigação (se este for possível), sendo “vedado cumular o pedido da pena compensatória com o de cumprimento da prestação (ou com o da indenização das perdas e danos)”⁹⁶.

Ao credor cabe a escolha, porém, uma vez feita, “concentra o vínculo, e não tem mais o direito de recuar, para seguir o outro ramo [...], é irretratável a escolha [...]”⁹⁷ Optando pela cláusula penal, a obrigação principal deixa de existir. Importante salientar que a cláusula penal, quando estipulada para o caso de total inadimplemento, é um benefício do credor, que em face do inadimplemento do contrato, pode optar “entre exigir a prestação (se isso for possível), pleitear as perdas e danos, ou preferir a importância convencionada”⁹⁸, a seu critério e conveniência, conforme dispõe o artigo 410 do Código Civil/2002. Ao devedor não cabe a escolha, não tendo “o direito de prestar ou pagar a multa nem pode considerar-se a cláusula penal um meio de romper-se o contrato, oferecendo-a o devedor em substituição da prestação.”⁹⁹

A cláusula penal moratória “destina-se a garantir apenas o cumprimento de uma cláusula determinada ou a desencorajar e indenizar o retardamento culposo.”¹⁰⁰ Segundo o artigo 411 do Código Civil/2002, para estes casos, é permitido ao credor exigir a pena convencional cumulativamente com a prestação da obrigação principal. “Tem por escopo fazer com que o devedor cumpra a obrigação e respeite o tempo, modo e local convencionados (CC, art. 394).”¹⁰¹ Nesta hipótese, deve-se verificar se há prazo convencionado; se há prazo certo, o simples vencimento da obrigação induz o devedor em mora (*mora ex re*), caso contrário, faz-se necessário constituir o devedor em mora (*mora ex persona*), com notificação judicial ou extrajudicial.

⁹⁶ RODRIGUES, 2002, p. 270.

⁹⁷ PEREIRA, 2007, p. 183.

⁹⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 268.

⁹⁹ PEREIRA, op. cit., p. 171.

¹⁰⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 270.

¹⁰¹ DINIZ, 2012, p. 461.

Segundo Rodrigues, a distinção entre as duas espécies de cláusula penal normalmente é descoberta com facilidade pelo intérprete. Quando se refere ao inadimplemento total da obrigação, a natureza é compensatória, quando se refere à inexecução imperfeita (cláusula específica ou mora), a natureza é moratória. Porém, por vezes a intenção dos contratantes não está tão clara, tendo o intérprete que se atentar ao valor da multa. Sendo esta de valor elevado, próximo ao valor da obrigação principal, “há que se considerá-la compensatória, pois é provável que as partes a tenham estipulado antevendo a possibilidade de inadimplemento absoluto.”¹⁰² Sendo esta de valor reduzido, sensivelmente distante da obrigação principal, “há que se compreender ser moratória a cláusula, pois seria ilógico que para substituir as perdas e danos advindos da inexecução se fixasse indenização excessivamente modesta.”¹⁰³

Diniz leciona os requisitos de exigibilidade da cláusula penal, sendo imprescindível:

1º) Existência de uma obrigação principal, anterior ao fato que motiva a aplicação da pena convencional por ela prevista.

2º) Inexecução total da obrigação (CC, arts. 409 e 410), pois se a cláusula for compensatória, necessário será que a obrigação garantida por cláusula penal seja descumprida para que ela possa ser exigida.

3º) Constituição em mora (CC, arts. 408, 409 e 411). Sendo moratória, quanto à sua exigibilidade convém verificar: a) se há prazo convencionado para seu adimplemento, pois se houver o simples vencimento do termo, sem cumprimento da prestação devida, induz o devedor, *pleno iure*, à mora (*ex re*); logo, a pena convencional poderá ser exigida desde logo (CC, art. 397); b) se não há prazo certo de vencimento, o credor terá de constituir o devedor em mora, mediante interpelação judicial ou extrajudicial (CC, art. 397, parágrafo único; CPC/73, arts. 867 e s.), cientificando o devedor de que não abrirá mão de seus direitos (*mora ex persona*), sujeitando-o aos efeitos da cláusula penal, que se tornará, então, devida e exigível.

4º) Imputabilidade do devedor (CC, art. 408, 1ª parte), pois se o inadimplemento do contrato principal se deu por caso fortuito ou força maior, ter-se-á a extinção da obrigação e, por conseguinte, da cláusula penal (CC, arts. 92 e 393, parágrafo único).

Para Diniz, o efeito fundamental da cláusula penal é o de sua exigibilidade *pleno iure*. De acordo com o artigo 408 do Código Civil/2002, o devedor incorre de

¹⁰² RODRIGUES, 2002, p. 272.

¹⁰³ RODRIGUES, loc. cit.

pleno direito na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou incorra em mora, bem como no artigo 416 do mesmo diploma, que prevê que independe de qualquer alegação de prejuízo por parte do credor para que este possa exigir a pena convencional.

Assim, a pena “desempenha, indubitavelmente, o mesmo papel das perdas e danos, com a diferença de dispensar a prova do dano”.¹⁰⁴ Vale ressaltar que o credor não é obrigado a reclamar a pena convencional, sendo-lhe facultado exigir, diante do inadimplemento total, a prestação da obrigação, se esta for possível, ou a apuração das perdas e danos; e para inadimplemento de cláusula específica ou mora do devedor, de acordo com o artigo 411 do Código Civil/2002, o credor tem o direito de cumulativamente exigir a satisfação da pena com o cumprimento da obrigação.

De acordo com o artigo 414 do Código Civil/2002, havendo pluralidade de devedores e sendo indivisível a obrigação, em face de inadimplemento, todos respondem, cada qual com sua cota, podendo o credor exigir a integralidade da obrigação somente do devedor que deu causa a inexecução ou execução imperfeita da obrigação. Aos demais devedores fica resguardado o direito de ação regressiva, para se reembolsarem contra aquele que deu causa ao inadimplemento. Na hipótese de “ser estabelecida a solidariedade na pena convencional, aplicam-se os princípios da solidariedade, cada qual sendo devedor de toda a pena, e por inteiro.”¹⁰⁵

Para obrigações divisíveis, o artigo 415 do referido Código estabelece que só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

O valor da cláusula penal encontra restrição no artigo 412 do Código Civil/2002. Segundo o artigo, o valor da pena não pode ser superior ao da obrigação principal. Para Rodrigues, decerto que o valor da pena não deva ultrapassar o valor da obrigação que aquela visa assegurar, em razão de ser estipulada prevendo eventual inadimplemento da obrigação principal, em tese, o prejuízo sofrido não excede o valor da prestação sonogada.

Vale lembrar que, se os contratantes convencionam complementação suplementar para o caso de o prejuízo ser maior que o valor previsto na pena, o limite

¹⁰⁴ DINIZ, 2012, p. 464.

¹⁰⁵ PEREIRA, 2007, p. 185.

imposto pelo artigo 412, CC/2002, vale como mínimo de indenização, devendo o credor fazer prova do prejuízo excedente (artigo 416, parágrafo único, CC/2002).

Já o artigo 413 do mesmo diploma impõe ao juiz o dever de redução do valor da pena convencional, que deve ser feito de maneira equitativa, quando o valor da penalidade se mostrar manifestamente excessivo ou quando a obrigação for cumprida em parte, levando-se em consideração a natureza do negócio e a sua finalidade.

Para Rodrigues, a disposição do artigo citado acima busca o equilíbrio contratual e tem o propósito de repelir o enriquecimento sem causa, vez que, “deve o juiz comparar a parte do contrato que foi executada com a que foi descumprida, para ajustar a cláusula penal a essas duas circunstâncias”¹⁰⁶, pois seria “injusto permitir que o credor que já se beneficiou com o cumprimento parcial da prestação participe por inteiro da multa contratual.”¹⁰⁷

Para o referido autor, no tocante a cláusula compensatória, a disposição do artigo 413 do CC/2002 parece justa; já para a cláusula moratória a intervenção judicial na economia do contrato não parece tão acertada, por ser difícil conceber mora parcial. Pois, ou o devedor está em atraso no cumprimento de sua obrigação e a pena torna-se devida, ou não está e, portanto, não há que se falar em mora. Sendo que, para o autor, tem mais sentido “conferir ao juiz prerrogativa para reduzir a cláusula moratória, sempre que excessiva, a despeito da presença da mora”¹⁰⁸, ou ao menos quando o cumprimento imperfeito da obrigação for, de alguma maneira, útil ao credor.

Ainda sobre o artigo 413 do CC/2002 e a redução do valor da cláusula penal por interferência judicial, esclarece Pereira que, aos contratantes é permitido ajustar o limite de sua redutibilidade, bem como a própria irredutibilidade do valor da pena convencional. Para Diniz, a norma contida no referido artigo deve ser reputada como de ordem pública, não permitindo que as partes afastem a possibilidade de o judiciário analisar a questão, em atenção a princípios orientadores da teoria contratual moderna.

A par deste direito, o mencionado artigo impõe um dever ao magistrado, devendo este, diante de cumprimento parcial de obrigação ou de penalidade manifestamente excessiva, reduzir equitativamente o valor da pena.

¹⁰⁶ RODRIGUES, 2002, p. 274.

¹⁰⁷ RODRIGUES, loc. cit.

¹⁰⁸ Ibid., p. 275.

De todo modo, nas palavras de Pereira,

[...] fica o juiz munido de mais amplos poderes para, em face das circunstâncias, usar com sobriedade o seu *arbitrium boni viri*, a fim de situar a pena convencional dentro de limites compatíveis com o jogo dos interesses, no plano da liceidade e do equilíbrio, observados os princípios contratuais da contemporaneidade.¹⁰⁹

Porém, pondera o autor que,

[...] o poder do juiz não pode ser levado ao extremo de minguá-la a ponto de convertê-la em quantia ínfima – *sestercio uno* –, desfigurando a pena convencional e retirando-lhe a dupla finalidade, de reforço da obrigação e de liquidação prévia das perdas e danos.¹¹⁰

Segundo Pereira, no tocante a custas processuais e honorários advocatícios, a legislação prevê tratar-se de verbas distintas, não estando, portanto, adstrito à restrição de valor da cláusula penal. Diniz alerta que, para fazer jus a tais verbas, necessário se faz previsão com ressalva especial e expressa.

Para Pereira, também não está limitado ao valor máximo da pena convencional a questão referente à *astreinte* (multa cominatória), prevista no diploma processual civil com o objetivo de tornar efetivo o processo, para o casos de obrigações de fazer e não fazer, por imposição de sentença condenatória. Pois entende-se ser esta de natureza processual, enquanto que a cláusula penal estabelece pena contratual de natureza civil. No entanto, o magistrado deve dosá-la visando evitar locupletamento indevido.

De acordo com Pereira, pode lei especial fixar outro limite para a cláusula penal, como aconteceu com o Decreto nº 22.626/33, bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no seu artigo 52, § 2º e 53.

Segundo Rodrigues, a cláusula penal deve ser reputada justa, pois decorre da própria vontade das partes, fixada em avença prévia, e que estabelece o valor a ser

¹⁰⁹ PEREIRA, 2007, p. 180.

¹¹⁰ Ibid., p. 182.

indenizado para o caso de inadimplemento da obrigação, com o objetivo de reparar o prejuízo decorrente deste.

Acerca das relações de consumo, a cláusula penal pode ser “um poderoso instrumento para aniquilar o equilíbrio contratual entre direitos e obrigações, constituindo, assim, vantagem excessiva para o fornecedor [...], é uma cláusula “sob suspeita”.”¹¹¹

Conclui Pereira que, é importante que a cláusula penal surta seus efeitos contra a inadimplência das obrigações, sendo mecanismo de proteção ao crédito, mas que, em busca deste objetivo, não estabeleça obrigações extremamente onerosas e desproporcionais, em atenção ao sistema jurídico contemporâneo, “à luz da valorização das situações jurídicas existenciais em detrimento das patrimoniais na ordem constitucional brasileira”¹¹², não podendo “configurar abuso de direito, nem gerar enriquecimento sem causa”¹¹³, devendo, em síntese, “estar em consonância com os princípios do renovado direito contratual, como a função social do contrato, o equilíbrio das prestações e a boa-fé objetiva, entre outros.”¹¹⁴

4.2 CONTRATO DE ADESÃO E RELAÇÕES DE CONSUMO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Contratos de consumo são “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços.”¹¹⁵ Via de regra, nestas relações existe desequilíbrio entre os contratantes, justamente pelo fato de uma das partes ser um consumidor, e, por esta razão, o interesse do Estado em “regular estas relações contratuais de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, harmonizando as forças do contrato através de uma

¹¹¹ PEREIRA, 2007, p. 184.

¹¹² Ibid., p. 187.

¹¹³ Ibid., p. 166.

¹¹⁴ Ibid., p. 165.

¹¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 301.

regulamentação especial”¹¹⁶, orientada pelos princípios da boa-fé, do equilíbrio e da função social do contrato, visando sua finalidade econômica, relativizando os princípios da liberdade contratual, autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*¹¹⁷.

A Lei nº 8.078, de 1990, intitulada de Código de Defesa do Consumidor, visa à proteção dos direitos dos consumidores frente aos fornecedores de produtos e serviços, bem como a harmonização dos interesses das partes e a indispensável “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”¹¹⁸, e, nas palavras de Chalhub, tem como pressuposto

[...] a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo e, para compensá-la, estabelece diretrizes materiais relativas à boa-fé objetiva e, bem assim, amolda os efeitos da relação obrigacional à concepção social do contrato, sempre com o propósito de assegurar o equilíbrio da relação contratual, votado menos para a vontade do indivíduo e mais para os reflexos e expectativas que estes contratos de consumo criam na sociedade atual.¹¹⁹

Aqui se faz necessário, primeiramente, esclarecer os conceitos de consumidor e fornecedor, mesmo que de maneira resumida, por não se tratar do objetivo maior desta pesquisa, mas para que adiante possamos compreender o que se entende por contratos de adesão e a caracterização do contrato de incorporação imobiliária como sendo deste tipo.

Consumidor é, de acordo o Código de Defesa do Consumidor, “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”¹²⁰. É considerado o sujeito vulnerável da relação de consumo e por esta razão a justificativa de existência de um direito especial protetivo do consumidor.

Para Marques, consumidor é

¹¹⁶ MARQUES, 2011, p. 301.

¹¹⁷ Pacta sunt servanda – é o **Princípio da Força Obrigatória**, segundo o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei. É uma regra que versa sobre a vinculação das partes ao contrato, como se norma legal fosse, tangenciando a imutabilidade. A expressão significa “os pactos devem ser cumpridos”. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8709>. Acesso em: 05 abr. 2018.

¹¹⁸ CHALHUB, 2005, p. 285.

¹¹⁹ Ibid., p. 285.

¹²⁰ BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada de sociedade “de consumo” ou de massa.¹²¹

A expressão “destinatário final” utilizada pelo código, segundo Marques, refere-se ao consumidor que

retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.¹²²

Fornecedor é, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor,

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.¹²³

Importante destacar que no conceito de fornecedor estão incluídas todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que, de alguma forma, contribuíram para a oferta do produto ou serviço ao consumidor, como bem esclarece Marques, ao lecionar que

o art. 3.º do CDC bem especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos [...] e da cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto [...]), não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor.¹²⁴

¹²¹ MARQUES, 2011, p. 302.

¹²² Ibid., p. 343.

¹²³ BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

¹²⁴ MARQUES, op. cit., p. 416.

Nos contratos de incorporação, quanto a venda das unidades imobiliárias – bens imóveis considerados como produto, de acordo com o § 1.º do art. 3.º do CDC – o incorporador se enquadra na definição de fornecedor, restando apenas a configuração da figura do adquirente como consumidor, de acordo com a definição de destinatário final. Nas palavras da referida autora, quanto ao contrato de incorporação imobiliária, é

[...] fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado por obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir). A caracterização do promitente comprador como consumidor dependerá da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva [...]. Interessante notar que qualquer dos participantes da cadeia de fornecimento é considerado fornecedor e há solidariedade entre eles.¹²⁵

Brito entende da mesma forma, ao lecionar que “não é tarefa difícil visualizar na figura do incorporador o fornecedor, nos moldes previstos pelo art. 3.º do CDC.”¹²⁶ Sendo certo que, ao oferecer bens e serviços no mercado de consumo, de maneira profissional, o incorporador é sim um fornecedor. Salienta ainda que o incorporador desenvolve diversas funções para dar seguimento ao empreendimento idealizado, e desta forma

[...] acaba desenvolvendo quase todas as atividades referidas na segunda parte do art. 3.º do CDC. Com efeito, é ele quem realiza a produção das unidades autônomas, quem planeja a montagem da incorporação, quem cria o produto imobiliário, quem promove a construção da edificação visando o produto final – a unidade condominial autônoma – objeto de comercialização, em edificações a serem construídas ou em construção (art. 29 da LCI).¹²⁷

Já a caracterização do adquirente-comprador como consumidor, segundo o autor supracitado, dependerá de ser ele, ou não, o destinatário final fático do bem e de ser considerado vulnerável na relação, por vezes ainda hipossuficiente, podendo se tratar de pessoa física ou jurídica. Assim, por exemplo, “aquele que compra a unidade autônoma para revenda, não pode ser considerado consumidor, de vez que

¹²⁵ MARQUES, 2011, p. 461.

¹²⁶ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 23, n. 49, p. 81-110, Jul.-Dez. 2000. p. 82.

¹²⁷ Ibid., p. 83.

não está, nessa ocasião, situado no término da cadeia de consumo, como pede, claramente, a regra do art. 2.º, caput, do CDC.”¹²⁸

Segundo Freitas Gomes, assim também ficou entendido na Conclusão, de número 1, no painel II no 4º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, na cidade de Gramado, em março de 1.998, com a seguinte disposição:

O contrato de incorporação, embora regido pelas normas e princípios que lhe são próprios (Lei 4.591/64), fica também subordinado à disciplina do Código de Defesa do Consumidor sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao usuário final.¹²⁹

No entanto, salienta o referido autor que, a atividade de incorporação imobiliária é “atividade complexa, que se delinea juridicamente mediante interligação de elementos de contratos de variada natureza e distintos fins”¹³⁰. Assim, as demais atividades necessárias para a consecução do empreendimento, como por exemplo as de compra de terreno, construção, financiamento da obra, legalização da obra, propaganda, entre outras, devem ser regidas de acordo com a natureza de cada negócio jurídico. Desta forma, o contrato de incorporação não deve ser submetido com exclusividade ao CDC, e sim apenas as relações ligadas à oferta ao público das unidades imobiliárias.

Assim, nas palavras de Brito, diante da constatação de o contrato de incorporação poder ser caracterizado como relação de consumo, quatro pontos fundamentais devem ser observados, “a qualidade de fornecedor do incorporador, a qualidade de consumidor do adquirente da unidade autônoma, esta como produto e a natureza adesiva do contrato de incorporação imobiliária.”¹³¹

Na sociedade de consumo, “as empresas [...], pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens e serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado”¹³², “logo, por uma

¹²⁸ BRITO, 2000, p. 84.

¹²⁹ FREITAS GOMES, 2002, p. 72.

¹³⁰ FREITAS GOMES, loc. cit.

¹³¹ BRITO, op. cit., p. 89.

¹³² MARQUES, 2011, p. 71.

questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores”.¹³³ Estes contratos pré-estabelecidos, com cláusulas padronizadas, visam atender a agilidade que a vida cotidiana moderna exige. São contratos homogêneos em seu conteúdo, mas que se destinam a conclusão de inúmeros contratos a serem firmados com um número indefinido de consumidores.

O contrato de adesão, segundo Marques, é caracterizado por ser redigido pela parte com superioridade econômica e/ou técnica (fornecedor), devido as suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, onde esta, de maneira unilateral e anteriormente as contratações, pré-estabelece cláusulas ou condições gerais padronizadas, faltando apenas preencher as informações referentes ao outro contratante, ao objeto e preço, possibilitando ao consumidor apenas a faculdade de aderir ou não as suas disposições. Não há possibilidade de negociação do conteúdo de tais cláusulas, assim, o contratante-consumidor não pode discutir e alterar os termos e condições mais importantes do contrato, limitando-se a aceitar ou rejeitar o contrato. Portanto, o elemento essencial do contrato de adesão, nas palavras da autora, é

[...] a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e, assim, a sua predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por “simples” adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.¹³⁴

A definição legal de contrato de adesão está prevista no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, sendo:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
§1.º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

¹³³ MARQUES, 2011, p. 71.

¹³⁴ Ibid., p. 77.

Marques enumera as principais características do contrato de adesão:

1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, pelo qual o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

Esta forma contratual busca, portanto, atender as necessidades da sociedade industrializada moderna no que diz respeito ao elevado número de relações de consumo geradas em uma sociedade de massa. Segundo Marques, atualmente, a forma de contratação por meio de cláusulas ou condições gerais pré-estipuladas e com fechamento de contratos por adesão é dominante em quase todos os setores da vida privada.

Não é diferente no mercado imobiliário, especificamente nas relações de compra e venda de unidades em construção ou a serem construídas sob o regime das incorporações imobiliárias. As incorporações também se utilizam desta forma de contratar, lançando mão de contratos pré-formatados, com cláusulas e condições gerais padronizadas, disponibilizados à simples adesão dos interessados, o que possibilita, na prática¹³⁵, maior agilidade exigida pela atual sociedade massificada.

No entanto, por serem estes contratos redigidos pela parte economicamente mais forte, os fornecedores, existe a forte tendência de estes fazerem constar nas linhas contratuais cláusulas que valorizem suas próprias vontades, inclusive de transferência de riscos do negócio, assegurando vantagens unilaterais e excessivas para o fornecedor que as elabora. Assim, o conteúdo destas disposições pode, substancialmente, desequilibrar a relação contratual, imputando encargos desproporcionais à parte vulnerável da relação, que nem ao menos pôde discutir tais cláusulas.

Tais disposições contratuais são conhecidas por cláusulas abusivas. São as “[...] que primam pela unilateralidade dos direitos que asseguram, garantido vantagens somente para o fornecedor de bens e serviços, quebrando o equilíbrio do contrato e

¹³⁵ Neste ponto, sem se fazer esquecer as mazelas que tal prática contratual pode gerar aos adquirentes.

enfraquecendo ainda mais a posição contratual do consumidor”¹³⁶. O objetivo do fornecedor ao elaborar estas cláusulas não é “realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes – ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do fornecedor que as elabora”¹³⁷. Assim, nas palavras de Marques:

A engenharia contratual desejada geralmente é a mais vantajosa para o fornecedor, em que os riscos e deveres, se possível, serão transferidos para o parceiro em posição não dominante ou mais vulnerável. O risco da frustração do contrato não deve ser suportado somente pelo consumidor.¹³⁸

Para Freitas Gomes, as cláusulas abusivas são “aquelas que ofendem os deveres de lealdade, correção, de informar, que caracterizam a boa-fé objetiva, seu pilar fundamental, e comprometem o equilíbrio do contrato.”¹³⁹

Neste sentido, em observação à atual realidade da sociedade de consumo, Marques afirma que

“Hoje, essas novas técnicas contratuais, meios e instrumentos de contratação são indispensáveis ao atual sistema de produção e de distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminá-las da realidade social. Elas trazem vantagens evidentes para as empresas (rapidez, segurança, previsão dos riscos etc.), mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes vulneráveis ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboraram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um direito mais social. Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-lo da maneira que mais lhes convém, incluindo uma séria de cláusulas abusivas e inequitativas.”¹⁴⁰

Portanto, a referida autora conclui que a abusividade da cláusula contratual é

[...] o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante,

¹³⁶ MARQUES, 2011, p. 156.

¹³⁷ MARQUES, loc. cit.

¹³⁸ Ibid., pág. 1063.

¹³⁹ FREITAS GOMES, 2002, p. 63.

¹⁴⁰ MARQUES, op. cit., p. 75.

é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante.¹⁴¹

E finaliza, afirmando que

[...] a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a “descoberta”, a “identificação” de sua abusividade é geralmente posterior, é atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei, em face dos reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido.¹⁴²

Segundo Brito, estas disposições contratuais abusivas encontram limites e repressão em nosso ordenamento jurídico, diante da regra do art. 6.º, IV, do CDC, referente aos direitos básicos do consumidor, que orientam a proteção do consumidor em relação a práticas e cláusulas abusivas, dentre outros.

O princípio da boa-fé está enunciado no inciso III do art. 4º e no inciso IV do art. 51 do CDC, bem como consagrado no art. 422 do Código Civil de 2002.

Desta forma, “a regra geral é que se interprete o contrato de adesão, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento.”¹⁴³

Nos contratos de incorporação para venda de imóveis, caracterizado como relação de consumo e por adesão, nas palavras de BRITO, as cláusulas abusivas podem ser generalizadas em cinco grupos:

1. As que autorizam o incorporador a alterar o projeto apresentado ao adquirente;
2. As que transferem riscos do empreendimento do incorporador para os adquirentes das unidades autônomas;
3. As cláusulas resolutivas nos contratos por adesão;
4. Aquelas determinantes da perda total ou parcial das prestações pagas pelo adquirente da unidade autônoma; e
5. Cláusulas penais compensatórias pelo atraso na entrega da obra pelo incorporador.¹⁴⁴

¹⁴¹ MARQUES, 2011, p. 157.

¹⁴² Ibid., p. 158.

¹⁴³ Ibid., p. 81.

¹⁴⁴ FREITAS GOMES apud BRITO, 2000, p. 73.

Em face da assimetria de forças negociais e, principalmente, diante da necessidade de se reduzir as desigualdades sociais por meio da valorização do ser humano, no que diz respeito às relações de consumo, o CDC é o diploma legal que elenca em rol exemplificativo as cláusulas abusivas, nos artigos 51 e 53, e dispõe serem estas nulas de pleno direito, nulidade esta absoluta, e, portanto, passíveis de serem reconhecidas de ofício pelo juiz.

Segundo Marques, além das cláusulas abusivas listadas no rol exemplificativo do artigo 51 do CDC – cláusulas que impossibilitem, exonerem, atenuem ou impliquem em renúncia dos novos direitos (incisos I, II, III, VI, XV e XVI do art. 51; arts. 24 e 25, CDC) e cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor (incisos IX, X, XI, XII, XIII do art. 51 e art. 53, CDC) – e da norma geral do inciso IV combinado com o §1º do mesmo artigo – referente à proibição de disposições incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, – existem as cláusulas abusivas identificadas pela jurisprudência, dentre elas, cláusulas que violam deveres principais de prestação, deveres conexos à prestação ou deveres impostos pelo CDC (cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade contratual, cláusula de decaimento ou de perda significativa das prestações pagas, cláusula penal clássica), cláusulas que violam deveres anexos de cooperação, informação e de cuidado.¹⁴⁵

O parágrafo §2º do artigo 51 do CDC fornece balizas para a apreciação judicial de tais cláusulas, dispondo que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo para qualquer das partes”.

Assim, segundo Freitas Gomes, o Código de Defesa do Consumidor, por meio de seus princípios fundantes da vulnerabilidade, do boa-fé e do equilíbrio contratual, impõe limites ao poder discricionário do juiz, devendo este atentar-se em seus esforços de integração ao “próprio tipo contratual, tendo-se em vista sua função econômico-social, na concepção objetiva do negócio jurídico, que não rende margem ao subjetivismo da ideação do julgador.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ Cf. MARQUES, 2011, p. 961-1.149.

¹⁴⁶ FREITAS GOMES, 2002, p. 71.

Desta forma, a autoridade judicial, ao analisar contratos de consumo que contenham cláusulas desequilibradoras de direitos e obrigações, deverá primar pelo reequilíbrio entre as partes, e declarando a nulidade da cláusula pela abusividade de seu conteúdo, deverá preencher a lacuna que esta deixar com normas que atendam ao próprio tipo contratual e sua função econômica-social. E, não sendo possível a manutenção do contrato, em decorrência de ônus excessivo para qualquer das partes gerado pelo reconhecimento da abusividade da cláusula, então caberá ao juiz decidir pela invalidade do contrato.

A cláusula penal inserida em contratos de adesão, com previsão de penalidade exclusivamente para a parte vulnerável, possui forte tendência de ser uma cláusula desequilibradora de obrigações, e, desta forma, ser considerada abusiva, como salienta Marques, ao lecionar que

A cláusula penal em contratos que envolvem consumidores e fornecedores de produtos e serviços, especialmente em contratos de adesão, é uma cláusula desequilibradora, mesmo que só tenha atuação quanto a pretensões secundárias – é, como afirmam os autores franceses, uma nova cláusula “sob suspeita”.¹⁴⁷

A preocupação e o interesse com os direitos dos consumidores vêm estampados no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal/88, em seus artigos (artigo 5º, XXXII, e no artigo 170, V, CF).

Já o Código Civil/2002 em seu artigo 423 dispõe expressamente que, “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Segue no artigo 424 sobre a nulidade, nos contratos de adesão, de cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

No Código de Defesa do Consumidor, a determinação do artigo 47 é de que as “cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” Em seu artigo 51, inciso IV, a cláusula geral de boa-fé no controle das cláusulas abusivas. Em seu artigo 54, §1.º, dispõe que a “inserção de cláusula no formulário não

¹⁴⁷ MARQUES, 2011, p. 1064.

desfigura a natureza de adesão do contrato”, mas, nas palavras de Marques, influencia sua interpretação.

4.3 A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL

A venda de unidade imobiliária sob o regime de incorporação se perfaz por meio de contrato firmado entre o incorporador e o adquirente. Com o intuito de analisar a possibilidade de inversão da cláusula penal, importante se faz a análise de algumas características dos contratos.

Segundo Gomes, algumas declarações de vontade “geram obrigações recíprocas, enquanto outras criam obrigações unicamente para uma das partes.”¹⁴⁸

Assim, é considerado negócio jurídico unilateral “o que decorre fundamentalmente da declaração da vontade de uma só pessoa [...], e origina obrigação, tão somente, para uma das partes. A outra parte não se obriga.”¹⁴⁹ Já o negócio jurídico bilateral é “o que se constitui mediante concurso de vontades.”¹⁵⁰ O contrato, nas palavras do referido autor, é negócio jurídico bilateral por excelência.

Todo contrato “é, por definição, negócio bilateral, visto que supõe declarações coincidentes de vontades”, e estas declarações produzem obrigações para ambas as partes e com dependência recíproca. Segundo o autor, a característica de dependência recíproca das obrigações denomina-se sinalagma e pode ser percebida também pela expressão “prestações correlatas”.

Tal característica dos contratos (bilateralidade) implica em reconhecer que “uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações.”¹⁵¹ Assim, “as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de uma corresponde o direito da outra.”¹⁵²

Segundo Gomes, não se deve entender o contrato como bilateral pela bilateralidade do consentimento, e sim pela bilateralidade da obrigação contratual.

¹⁴⁸ GOMES, 2002, p. 71.

¹⁴⁹ GOMES, loc. cit.

¹⁵⁰ GOMES, loc. cit.

¹⁵¹ GOMES, loc. cit.

¹⁵² Ibid., p. 72.

Conforme exposto anteriormente, cláusula penal é instituto civil que visa incentivar o cumprimento da obrigação pelas partes contratualmente envolvidas e serve de cálculo de indenização para o caso de inadimplemento, total ou parcial. É, portanto, “um pacto acessório, pelo qual as partes convencionam, expressamente, que o devedor que incorrer em mora ou inadimplemento de uma dada prestação, estará sujeito ao pagamento de uma multa”.¹⁵³

Desta forma, o instituto da cláusula penal não deve ser utilizado de maneira a desequilibrar as obrigações entre as partes em um contrato. Conforme Gomes, a bilateralidade pressupõe reciprocidade de obrigações entre os contratantes e a interdependência de prestações (sinalagma).

Em razão do caráter dúplice (bilateral) da cláusula penal, contraria a natureza do instituto estipula-la apenas para uma das partes, sem que haja disposição semelhante quanto ao inadimplemento das obrigações da outra, bem como atenta ao princípio da boa-fé e da equidade contratual. Assim, uma vez presente no instrumento contratual a referida disposição, deve esta valer para ambos os contratantes, com o intuito de incentivar o cumprimento das obrigações e, diante de inadimplemento ou mora, estabelecer sanções igualmente para ambas as partes.

Os contratos também são classificados entre onerosos ou gratuitos. Vale ressaltar que “todo contrato bilateral é oneroso, por isso que, suscitando prestações correlatas, a relação entre vantagem e sacrifício decorre da própria estrutura do negócio jurídico.”¹⁵⁴

Os contratos onerosos se subdividem em comutativos e aleatórios. Segundo Gomes, nos contratos aleatórios “há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. Os contratos aleatórios expõem os contraentes à alternativa de ganho ou perda”¹⁵⁵, sendo incerto o direito à prestação. Já nos contratos comutativos “a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações”¹⁵⁶ e há correspondência entre prestação e contraprestação.

¹⁵³ BRITO, 2000, p. 107.

¹⁵⁴ GOMES, 2002, p. 74.

¹⁵⁵ GOMES, loc. cit.

¹⁵⁶ GOMES, loc. cit.

O contrato de incorporação imobiliária, no tocante a venda das unidades, se caracteriza, segundo o Ministro Massami Uyeda, em decisão monocrática exarada no Recurso Especial nº: 1.119.740 – RJ, como sendo:

[...] contrato bilateral, em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, oneroso, pois traz vantagens para os contratantes, comutativo, ante a equivalência de prestações.¹⁵⁷

E por esta razão, ante a característica dos contratos, a ausência de disposição contratual em favor do adquirente-consumidor de penalidade para o caso de mora ou inadimplemento do incorporador-fornecedor, não implica dizer que o magistrado não possa inferir a sanção prevista exclusivamente para o consumidor em desfavor do fornecedor, em estrito reconhecimento do caráter dúplice (bilateral) da cláusula penal, bem como pelo dever de reequilibrar as obrigações entre as partes, mandamento soberano do princípio da equidade contratual.

A respeito do princípio da equidade e do dever do juiz em reequilibrar as obrigações entre os contratantes, vale destacar que, segundo Nalin, a justiça contratual a se buscar “reside na comutatividade da relação, pois a atual segurança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excesso.”¹⁵⁸ Portanto, “comutativa deve ser a justiça contratual, para que o titular ativo da relação jurídica receba o equivalente ao que entregou.”¹⁵⁹

Outro ponto importante a ser analisado a respeito da possibilidade de inversão da cláusula penal é sobre a liberdade e vontade de contratar dos adquirentes.

Segundo Gomes, “o princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar.”¹⁶⁰ Esta, por sua vez, pressupõe que

¹⁵⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 1.119.740/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA. Recorrente: Marilena Ramos Barboza. Recorrido: Cima Empreendimentos do Brasil Ltda. Julgado em 27 set. 2011, DJe de 13 out. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15921928&num_registro=200901128626&data=20111013&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁵⁸ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato** : conceito pós moderno : em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Curitiba : Juruá, 2006. p. 144.

¹⁵⁹ SACCO; DE NOVA, 1996 apud NALIN, 2006, p. 142.

¹⁶⁰ GOMES, 2002, p. 22.

entre as partes haja “auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade.”¹⁶¹ Deste modo, o direito à liberdade de contratar pressupõe, também, a liberdade de estipular o contrato e seu conteúdo, por meio de tratativas – ocasião em que as partes podem negociar as cláusulas em momento pré-contratual, buscando um acordo. No entanto, “a liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada.”¹⁶² Segundo Gomes, sempre existiram limitações a chamada liberdade de contratar, das quais duas de caráter geral: a ordem pública e os bons costumes. De tal forma que, “as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites.”¹⁶³

Na atual sociedade de massa, a prática contratual utilizada para a comercialização de bens e serviços conta, como afirma Marques, com a pré-formatação de contratos estipulados unilateralmente e uniformemente pela parte fornecedora e oferecidos a mera adesão dos interessados. Esta prática impõe que a liberdade de contratar, no que diz respeito, especificamente, a liberdade das partes em negociar e estipular as disposições contratuais, não se dá de maneira equilibrada¹⁶⁴. Como cediço, nas relações de consumo o consumidor não dispõe desta faculdade, tendo que, na oportunidade da celebração do contrato, apenas aderir as disposições postas pela outra parte (fornecedor).

Segundo Theodoro Júnior, esta prática contratual também ocorre na comercialização das unidades imobiliárias sob o regime das incorporações.

No entanto, segundo Nalin, a liberdade e a vontade de contratar, na atual sociedade massificada, ainda encontram “espaço na relação jurídica contratual, tanto na paritária quanto na massificada, mas o seu papel decresce de importância à medida que se amplia a vulnerabilidade subjetiva de um dos contratantes.”¹⁶⁵

Neste sentido, ao se inserir cláusula penal em contrato submetido a mera adesão pelo adquirente, com previsão exclusiva contra este, não se possibilita que o mesmo se manifeste a respeito da convenção de penalidade na fase da formulação do contrato, restando ao adquirente apenas suscitar discussão judicial a respeito de

¹⁶¹ GOMES, 2002, p. 22.

¹⁶² Ibid., p. 24.

¹⁶³ GOMES, loc. cit.

¹⁶⁴ MARQUES, 2011, p. 268.

¹⁶⁵ NALIN, 2006, p. 139.

tal disposição quando ocorrer violação de seus direitos legais ou previstos contratualmente.

Desta forma, por não ter o consumidor a possibilidade de negociar as disposições contratuais, ficando a cargo exclusivo do fornecedor fazer constar no contrato cláusulas que resguardem seu próprio interesse, verifica-se flagrante desequilíbrio contratual e afronta ao princípio da boa-fé objetiva, o que enseja, quando suscitado, interpretação judicial com objetivo de reequilibrar as obrigações entre as partes.

Nalin, ao lecionar sobre a relativização da vontade dos contratantes por meio do princípio da boa-fé, expõe que,

O atual desenho da boa-fé, materializante da vocação solidarista da Constituição, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes. A vontade dos contratantes [...] não mais está no âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual. É bem verdade que o elemento volitivo do contrato mostra-se mais forte, na inversa proporção de vulnerabilidade de uma das partes envolvidas na relação. Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento socioeconômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para [...] preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio.¹⁶⁶

Assim, o princípio da boa-fé objetiva é “um princípio limitador do princípio da autonomia da vontade e um elemento criador de novos deveres contratuais [...]”¹⁶⁷, bem como influencia diretamente na equidade contratual. Pois, segundo Nalin, a boa-fé objetiva é

Inibidora de um comportamento que [...] faça incluir no contrato cláusulas agora lidas como abusivas e que imponham ou mesmo sugiram um distanciamento econômico entre as partes e as obrigações pecuniárias (não equivalentes) que assumiram. A justiça contratual, destarte, se baseia na equivalência econômica, e mais adiante, na boa-fé objetiva.¹⁶⁸

¹⁶⁶ NALIN, 2006, p.139.

¹⁶⁷ MARQUES, 2011, p. 243.

¹⁶⁸ NALIN, op. cit., p. 145.

No mesmo sentido Marques, com entendimento de que

[...] ao visualizar, sob influência do princípio da boa-fé objetiva, a obrigação como uma totalidade de deveres e direitos no tempo e ao definir também como abuso a unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual, valoriza-se, por consequência, o equilíbrio intrínseco da relação em sua totalidade e redefine-se o que é razoável em matéria de concessões do contratante mais fraco. O desequilíbrio significativo de direitos e deveres, em detrimento do consumidor, na relação contratual vista como um todo passa a ser indício de abuso, a chamar a ação reequilibradora do novo direito contratual em sua visão social.¹⁶⁹

Assim,

A inobservância do princípio da equidade redundará [...] na declaração oficiosa da nulidade da cláusula abusiva; na revisão da cláusula ou do contrato como um todo que imponha desproporção econômica entre as obrigações; no reajustamento das parcelas iniciais ou menos, mais genericamente, na própria declaração de não-obrigatoriedade da cláusula ou avença, pois o que é injusto nunca poderá ser reputado como obrigatório.¹⁷⁰

O princípio da boa-fé está enunciado no inciso III do art. 4º e no inciso IV do art. 51 do CDC, bem como consagrado no art. 422 do Código Civil de 2002.

Destarte estes pontos abordados, no tocante a possibilidade de inversão da cláusula penal, percebe-se que, diante de contrato submetido às regras do CDC, no que escapa à Lei das Incorporações (Lei n.º 4.591/64), se limitada for a parte contratante – diga-se, a parte vulnerável, da faculdade de poder negociar as cláusulas que constarão do acordo, tendo esta que contentar-se pura e simplesmente em aderir as disposições pré-formatadas pela outra parte, não possui àquela a referida liberdade de negociar, ficando assim restringida em sua liberdade de contratar; isso somado a característica do contrato em comento ser classificado como bilateral, oneroso e comutativo, conforme exposto acima, e em rigorosa atenção ao princípio da boa-fé e da equidade contratual, buscando atender os verdadeiros fins do contrato, parece

¹⁶⁹ MARQUES, 2011, p. 289.

¹⁷⁰ NALIN, 2006, p. 145.

razoável deduzir a possibilidade de inversão dos efeitos da convenção de penalidade, para incidir em desfavor de quem maliciosamente as tenha formulado.

De acordo com Nalin, a teoria contratual contemporânea deve caminhar à luz da ordem constitucional, e, assim, valorizar a pessoa humana nas relações jurídicas, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a possibilitar seu desenvolvimento. O pensamento antigo herdado do século XIX, que esteve presente em nosso ordenamento no Código Civil de 1916, com racionalidade patrimonialista e individualista, visando proteção a apropriação de bens e a circulação de riquezas, deve dar lugar e ser substituído pelos novos princípios e valores constitucionais.

Porém, nas palavras do autor,

“[...] sem pretender invadir a complexa seara do Direito Constitucional, quanto às implicações no Direito Civil e, mais especificamente, no ramo contratual, ainda se sustenta – em plena virada do século XX, na suma aplicação do princípio da autonomia da vontade, externando a mínima importância que se atribui a valores e princípios constitucionais que, efetivamente, vieram modificar a moldura jurídica do contrato, incluindo, neste plano, o status jurídico dos contratantes – a relativização das obrigações, a despatrimonialização e a função social do contrato. Ou seja, mesmo profundamente alterado o paradigma do contrato contemporâneo, insistem os Tribunais em afirmar a ampla vigência dogmática da vontade e do velho brocardo *pacta sunt servanda*”.¹⁷¹

Neste sentido Marques também afirma, que ainda hoje a autonomia da vontade e liberdade contratual são dogmas que influenciam em muito a interpretação da relação contratual.

No entanto, em atenção as diretrizes constitucionais, que primam pela boa-fé, o equilíbrio contratual e a funcionalização do contrato, bem como o conteúdo valorativo presente no Código de Defesa do Consumidor, o contrato deve ser encarado, também, como terreno para realização de justiça social, buscando atender os legítimos interesses das partes envolvidas, bem como de toda a sociedade, que pugna por justiça e segurança jurídica.

¹⁷¹ NALIN, 2006, p. 32.

As regras de direito civil contratual visam estabelecer o equilíbrio entre as partes e jamais punir qualquer delas, e, portanto, a interpretação contratual deve caminhar no mesmo sentido.

Segundo Nalin, a teoria contratual moderna direciona-se para uma solidariedade constitucional, onde o contrato é visto como relação complexa solidária, levando-se em conta o estreitamento das relações de mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, de modo a zelar por um contrato funcionalizado e com destinação à realização de outros valores que não, somente, os patrimoniais.

4.4 TESES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL

A discussão acerca da possibilidade, ou não, da inversão da cláusula penal, foi recentemente aceita pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para ser julgada pela sistemática dos recursos repetitivos, tendo como representativo da controvérsia o Recurso Especial (REsp) n.º 1.614.721/DF¹⁷², conjuntamente com o REsp n.º 1.631.485/DF¹⁷³. O acórdão que acolheu a proposta de afetação é datado de 26/04/2017 e sua publicação de 03/05/2017.

A questão posta em julgamento resume-se em definir se a convenção de penalidade dirigida a um dos contratantes pode ser, da mesma forma, imposta ao outro.

O fundamento trazido em juízo pelas incorporações (fornecedores), que entendem descabida a interpretação judicial de inversão da cláusula penal,

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). REsp nº 1.614.721/DF. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Recorrente: Aline Ramalho Sereno de Medeiros. Recorrido: MRV Prime Top Taguatinga Incorporações Imobiliárias Ltda. Assunto: Direito Civil – Obrigações – Inadimplemento – Perdas e Danos. Julgado em 26 abr. 2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71723155&num_registro=201601879526&data=20170503&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 21 ago. 2017.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). REsp nº 1.631.485/DF. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Recorrente: Eder Nogueira da Mota. Recorrido: Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários SA. Assunto: Direito Civil – Obrigações – Espécies de Contrato – Compra e Venda. Julgado em 26 abr. 2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71722270&num_registro=201602669130&data=20170503&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 21 ago. 2017.

basicamente, se apoia na ideia de que, por não constar das disposições contratuais cláusulas prevendo expressamente penalidade para o incorporador, não pode o juiz criá-las em benefício do adquirente (consumidor), sob pena de se criar uma nova cláusula não acordada entre as partes, violando a *pacta sunt servanda*, ensejando penalidade desproporcional e enriquecimento ilícito. De forma que, na ausência de disposições que imputem responsabilidade ao incorporador pelo inadimplemento ou mora no cumprimento de suas obrigações, a indenização devida deve ser discutida na seara da responsabilidade civil (perdas e danos).

Neste sentido, os argumentos utilizados pela Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL (1) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ATRASO NA ENTREGA DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO - ALEGADA MOROSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NA EXPEDIÇÃO DO "HABITE-SE" - CIRCUNSTÂNCIA QUE ENCONTRA-SE ABARCADA PELA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA - CASO FORTUITO INTERNO, RELACIONADO À ATIVIDADE DESEMPENHADA PELA FORNECEDORA - EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO - APLICAÇÃO INVERSA DE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - NATUREZA DISTINTA DAS OBRIGAÇÕES - INDENIZAÇÃO QUE NÃO É SUBTRAÍDA DO CONSUMIDOR - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NÃO CABIMENTO, NO CASO - INADIMPLENTO CONTRATUAL - SITUAÇÃO QUE, DE REGRA, NÃO ULTRAPASSA A ESFERA DO MERO DISSABOR - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CONFIGURADA, NO CASO.

[...]

4. Não é possível proceder à inversão da cláusula penal moratória após a inexecução da obrigação.

5. A existência de cláusula penal moratória em desfavor do consumidor não prejudica o equilíbrio do contrato, na medida em que em nenhum momento fica ele privado do ressarcimento dos prejuízos que lhes foram impostos pelo atraso no adimplemento.

[...] ¹⁷⁴(grifo nosso).

No referido caso, a desembargadora reformou a decisão de 1º grau – que na origem havia arbitrado em favor da adquirente valor indenizatório correspondente à multa contratual pelo atraso na entrega do imóvel, mesmo sem expressa disposição

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (17ª Câmara Cível) - Acórdão nº 1575250-2 - Curitiba - Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin. Apelante 1: MRV Engenharia e Participações SA. Apelante 2: Andressa Tatiane Shultz Gomes. Apelados: os mesmos. Julgado em 09 nov. 2016. Publicado no DJ em 22 nov. 2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12264378/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1575250-2>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

no contrato – por entender ser inadequado tal arbitramento, em vista de que, não havendo previsão neste sentido no instrumento que reflete o resultado do livre consenso entre os contratantes, atentaria contra a segurança jurídica que se expressa pela previsibilidade.

Salientou em sua decisão que o contrato é submetido ao CDC, que autoriza a revisão dos contratos nas relações contratuais com prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas, mas que, no entanto, o permissivo legal não enseja a revisão da cláusula penal após constatada a inexecução da obrigação, configurando-se desarrazoado o poder judiciário intervir criando normas sancionatórias inexistentes no contrato após a inexecução da obrigação.

Argumentou também no sentido de que a cláusula penal pode ser estipulada após a formação do contrato, mas sempre antes da execução da obrigação.

E por fim, concluiu que, a presença de cláusula penal com previsão exclusiva em desfavor do consumidor não prejudica o equilíbrio do contrato, pois o mesmo em momento algum fica privado do ressarcimento de seus prejuízos, devendo pleiteá-los por meio das perdas e danos.

Estes foram os principais argumentos trazidos no referido acórdão da Décima Sétima Câmara Cível do TJPR, de relatoria da Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, tendo sido acompanhado pelos demais desembargadores por unanimidade de votos.

Sob o mesmo ponto de vista, de não autorizar a inversão da cláusula penal, é o entendimento dos desembargadores da 6ª Câmara Cível, também do TJPR, nos seguintes acórdãos: a) Apelação Cível n.º: 1.424.502-0¹⁷⁵, relatoria do Desembargador Renato Lopes de Paiva; b) Apelação Cível n.º: Nº 1.493.348-3¹⁷⁶, relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Andersen Espínola.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (6ª Câmara Cível). Acórdão nº 1.424.502-0. Rel. Des. Renato Lopes de Paiva. Apelante: MRV Engenharia e Participações SA e Daniele de Jesus Pereira e outro. Apelados: os mesmos. Julgado em 03 nov. 2015. Publicado no DJ em 11 dez. 2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12056631/Ac%C3%B3o-1424502-0#>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (6ª Câmara Cível). Acórdão nº 1.493.348-3. Rel. Des. Carlos Eduardo Andersen Espínola. Apelantes: Laura Beatriz Karam de Lima e outro, Gafisa SA, SPE Reserva Ecoville / Office - Empreendimentos Imobiliários SA. Apelados: os mesmos. Julgado em 12 jul. 2016. Publicado no DJ em 25 jul. 2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12193636/Ac%C3%B3o-1493348-3#>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

No primeiro acórdão, o argumento utilizado foi de que a aplicação análoga de previsões contratuais viola dois princípios, o da legalidade e o da lealdade contratual, e que, tendo o consumidor aceito as condições contratuais como um todo, violaria o princípio da boa-fé objetiva e atentaria contra a segurança do contrato pleitear a inversão da penalidade diante do inadimplemento do fornecedor. Assim, por não haver previsão contratual que autorize a imposição de penalidade para o fornecedor, não pode o judiciário criar tal norma, pois agiria em desatenção ao princípio da autonomia da vontade das partes.

Entenderam também que a incidência da cláusula penal deve se dar de forma restrita, pois a lei assegura o ressarcimento de danos sofridos.

No segundo julgado, o argumento é basicamente o mesmo, no sentido de que entendem, nestes casos, que o Poder Judiciário não pode impor sanções aos particulares sem a existência de fonte reguladora expressa, seja contratual ou legal. Com base no art. 5º, inciso II da CF, que prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou não fazer senão em virtude de lei”¹⁷⁷, fundamentam que, autorizar a inversão da cláusula penal moratória violaria o princípio contratual da segurança jurídica.

Por outro lado, o discurso daqueles que entendem cabível a inversão da cláusula penal é embasado tanto na natureza e característica do instituto, que reputa-se inserido em contratos bilaterais, onerosos e comutativos, pra justificar a equivalência e interdependência das obrigações, quanto nos ditames orientadores da nova teoria contratual, fundados nos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, do equilíbrio e da equidade contratual, que apregoam a relativização da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), como meio para funcionalização e concretização de sua finalidade econômica.

Para o Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido em Recurso Especial de n.º 955.134¹⁷⁸, a inversão, em benefício do

¹⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp 955.134/SC. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Só Casas Empreendimentos Imobiliários e outros. Recorrido: Bernardete Corrêa Berri. Julgado em 16 ago. 2012, DJe de 29 ago. 2012. Disponível em:

consumidor, da cláusula penal que ampara com exclusividade o fornecedor, é possível em atenção ao objetivo almejado pelo CDC, que, mesmo não prevendo expressamente tal hipótese específica em seus dispositivos legais, possui mandamentos estruturados em fórmulas abertas, apresentados de forma exemplificativa em um rol para repressão de práticas e cláusulas abusivas. (art. 39 e 51 do CDC).

Traz o argumento de que

As técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem levar em conta o art. 4º daquele diploma, o qual contém uma espécie de lente pela qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os objetivos da política nacional das relações de consumo e princípios que devem ser respeitados - dentre os quais se destacam, no que interessa ao caso concreto, a "harmonia das relações de consumo" e o "equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".¹⁷⁹

Salienta o referido Ministro que as relações entre consumidores e fornecedores devem ser equilibradas, de acordo com o art. 4º, inciso III do CDC, e que trata-se de um direito básico do consumidor a igualdade nas contratações, conforme previsto em seu artigo 6º, inciso II, bem como o amparo de outros direitos não previstos no diploma consumerista, mas que dele derivem, em atenção aos princípios gerais de direito e da equidade, de acordo com seu artigo 7º.

Acrescenta que o artigo 51 do CDC enumera algumas cláusulas tidas por abusivas, deixando claro que nos contratos de consumo deve haver reciprocidade de direitos entre fornecedores e consumidores.

Fez constar em seu voto que

[...] a Portaria n. 4, de 13.3.1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) previu como abusivas as cláusulas que: "6 -

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23849702&num_registro=200701140705&data=20120829&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp 955.134/SC. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Só Casas Empreendimentos Imobiliários e outros. Recorrido: Bernardete Corrêa Berri. Julgado em 16 ago. 2012, DJe de 29 ago. 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23849702&num_registro=200701140705&data=20120829&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

estabeleçam sanções em caso de atraso ou descumprimento da obrigação somente em desfavor do consumidor".¹⁸⁰

Bem como ressaltou que é tendência mundial exigir nas relações de consumo reciprocidade das penalidades entre consumidor e fornecedor. Nas palavras do Ministro relator:

Finalmente, ressalto que essa tendência é mundial, de se exigir reciprocidade entre as penalidades impostas ao consumidor e ao fornecedor, tendo sido adotada na Diretiva n. 93/13, do Conselho da Comunidade Econômica Européia (CEE), de 5.4.93, nos termos do art. 1º, alínea "d", do Anexo:

1. Cláusulas que têm como objetivo ou como efeito:

[...]

d) Permitir ao profissional reter montantes pagos pelo consumidor se este renunciar à celebração ou execução do contrato, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional uma indenização de montante equivalente se for este a renunciar.¹⁸¹

Destarte os argumentos, assim ficou a ementa do voto do relator Ministro Luis Felipe Salomão:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA (VENDEDOR).** DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS EM RAZÃO DO USO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO, A TÍTULO DE SUCUMBÊNCIA, DE LAUDO CONFECCIONADO EXTRAJUDICIALMENTE PELA PARTE VENCEDORA. DESCABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 19 E 20 DO CPC. **INVERSÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA MULTA EXCLUSIVAMENTE EM BENEFÍCIO DO FORNECEDOR, PARA A HIPÓTESE DE MORA OU INADIMPLENTO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE.**

[...]

2. **Seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou**

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp 955.134/SC. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Só Casas Empreendimentos Imobiliários e outros. Recorrido: Bernardete Corrêa Berri. Julgado em 16 ago. 2012, DJe de 29 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23849702&num_registro=200701140705&data=20120829&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp 955.134/SC. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Só Casas Empreendimentos Imobiliários e outros. Recorrido: Bernardete Corrêa Berri. Julgado em 16 ago. 2012, DJe de 29 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23849702&num_registro=200701140705&data=20120829&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. Assim, mantém-se a condenação do fornecedor - construtor de imóveis - em restituir integralmente as parcelas pagas pelo consumidor, acrescidas de multa de 2% (art. 52, § 1º, CDC), abatidos os aluguéis devidos, em vista de ter sido aquele, o fornecedor, quem deu causa à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel. [...]¹⁸² (grifo nosso).

No Recurso Especial nº: 1.119.740, o relator Ministro Massami Uyeda, em seu voto afirmou ser

[...] cediço que o contrato é fruto do acordo de vontade de duas ou mais pessoas, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses patrimoniais, constituindo uma verdadeira lei entre as partes, tendo como um dos principais primados a força obrigatória do seu cumprimento, conhecida como pacta sunt servanda.¹⁸³

E que sendo o

[...] contrato bilateral, em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, oneroso, pois traz vantagens para os contratantes, comutativo, ante a equivalência de prestações.¹⁸⁴

O descumprimento contratual,

[...] implica no dever do inadimplente em indenizar os prejuízos causados ao outro contratante, ressarcimento este que será apurado, ou em ação própria,

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp 955.134/SC. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Só Casas Empreendimentos Imobiliários e outros. Recorrido: Bernardete Corrêa Berri. Julgado em 16 ago. 2012, DJe de 29 ago. 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23849702&num_registro=200701140705&data=20120829&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 1.119.740/RJ. Rel. Ministro Massami Uyeda. Recorrente: Marilena Ramos Barboza. Recorrido: Cima Empreendimentos do Brasil Ltda. Julgado em 27 set. 2011, DJe de 13 out. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15921928&num_registro=200901128626&data=20111013&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 1.119.740/RJ. Rel. Ministro Massami Uyeda. Recorrente: Marilena Ramos Barboza. Recorrido: Cima Empreendimentos do Brasil Ltda. Julgado em 27 set. 2011, DJe de 13 out. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15921928&num_registro=200901128626&data=20111013&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

em que serão discutidas as perdas e danos, ou, simplesmente, pela cobrança da cláusula penal.¹⁸⁵

E conclui que a cláusula penal contida no contrato de compra e venda, ante as suas características, deve voltar-se aos contratantes indistintamente, pois

[...] não seria razoável, nem proporcional que, para uma parte o descumprimento contratual seguisse a cláusula previamente redigida na avença, de execução mais simples, e, para o outra, caminho diverso, de execução mais complexa. Entender-se de forma diversa é o mesmo que tratar os iguais, desigualmente, pois enquanto no descumprimento por parte do promitente-comprador já estaria definido o quantum indenizatório, sem a possibilidade de quaisquer discussão, o inadimplemento do promitente-vendedor daria azo a discussões acerca do efetivo prejuízo sofrido pelo comprador.¹⁸⁶

Assim ficou a ementa da referida decisão:

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO BILATERAL, ONEROSO E COMUTATIVO - CLÁUSULA PENAL - EFEITOS PERANTE TODOS OS CONTRATANTES - REDIMENSIONAMENTO DO QUANTUM DEBEATOR - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.

1. A cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes.

[...] ¹⁸⁷ (grifo nosso).

Outros exemplos de decisões que coadunam com a possibilidade de inversão da cláusula penal podem ser verificados nos seguintes julgados do STJ:

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 1.119.740/RJ. Rel. Ministro Massami Uyeda. Recorrente: Marilena Ramos Barboza. Recorrido: Cima Empreendimentos do Brasil Ltda. Julgado em 27 set. 2011, DJe de 13 out. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15921928&num_registro=200901128626&data=20111013&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 1.119.740/RJ. Rel. Ministro Massami Uyeda. Recorrente: Marilena Ramos Barboza. Recorrido: Cima Empreendimentos do Brasil Ltda. Julgado em 27 set. 2011, DJe de 13 out. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15921928&num_registro=200901128626&data=20111013&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 1.119.740/RJ. Rel. Ministro Massami Uyeda. Recorrente: Marilena Ramos Barboza. Recorrido: Cima Empreendimentos do Brasil Ltda. Julgado em 27 set. 2011, DJe de 13 out. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15921928&num_registro=200901128626&data=20111013&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

No julgamento de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, o entendimento foi o de manter os fundamentos do Tribunal de origem, que, ao verificar no contrato firmado entre os contratantes a existência de multa somente para o caso de inadimplemento do comprador, estendeu a penalidade para o fornecedor, diante do inadimplemento deste, afirmando estar a decisão recorrida em conformidade com a jurisprudência do STJ, conforme se verifica na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. **IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE.** SÚMULA Nº 83 DO STJ. PRECEDENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CLÁUSULA PENAL. REVISÃO. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC E HONORÁRIOS RECURSAIS DO ART. 85, § 11º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

[...].

3. A jurisprudência desta Corte reconhece a possibilidade de inversão da cláusula penal em favor do consumidor, no caso de inadimplemento do promitente vendedor. Precedentes. Súmula nº 83 do STJ.¹⁸⁸ (grifo nosso).

Já o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva afirma a possibilidade de inversão da cláusula penal e cita jurisprudência do STJ no mesmo sentido, sem se prolongar a respeito do assunto, devido ao entendimento firmado na corte. Segue ementa:

RECURSOS ESPECIAIS. **CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA. ENTREGA DA OBRA. ATRASO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROPRIETÁRIO PERMUTANTE. LEGITIMIDADE. CLÁUSULA PENAL. RECIPROCIDADE.** LUCROS CESSANTES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. PROVA. ÔNUS. RÉU. EXCESSO DE CHUVAS. ESCASSEZ DE MÃO DE OBRA. CASO FORTUITO. FORÇA MAIOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. LUCROS CESSANTES. TERMO FINAL. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS.

[...].

4. A cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). AgInt no AREsp 985.690/AM. Rel. Ministro Moura Ribeiro. Agravante: Urbis Empreendimentos Imobiliários SA. Agravado: Francisca Ligia Leite de Freitas. Julgado em 21 mar. 2017, DJe 03 abr. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69997277&num_registro=201602477871&data=20170403&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

5. É possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois aquela tem natureza moratória, enquanto esta tem natureza compensatória.
[...].¹⁸⁹ (grifo nosso).

O Ministro Raul Araújo, na decisão referenciada logo abaixo, reafirmou o entendimento do assunto naquela Corte Superior e negou provimento ao apelo da parte que pugnou pela impossibilidade de inversão da multa moratória, face a inexistência de disposição contratual neste sentido, alegando que diante de lacuna contratual, a mora da construtora deveria ser discutida na seara da responsabilidade civil (perdas e danos).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. INDENIZAÇÃO. CLÁUSULA PENAL. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência deste Sodalício, a mora na execução do contrato de compra e venda, consubstanciada no atraso de entrega do imóvel na data acordada, acarreta, além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente vendedora. Precedentes.

[...].¹⁹⁰ (grifo nosso).

Assim, com a descrição dos casos analisados acima, é possível perceber que existem argumentos contrários a respeito da possibilidade de inversão da cláusula penal inserida nos contratos de incorporação imobiliária, tanto das partes envolvidas quanto dos membros do Poder Judiciário diante da apreciação dos casos concretos.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 1.536.354/DF. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Recorrentes: Mauro Schenkenberg Guedes e Fabíola de Britto Mendonça Guedes, JFE 2 Empreendimentos Imobiliários Ltda. e TAO Empreendimentos imobiliários SA. Recorridos: os mesmos. Julgado em 07 jun. 2016, DJe 20 jun. 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6038727&num_registro=201501330403&data=20160620&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). AgInt no REsp nº 1624677/DF. Rel. Ministro Raul Araújo. Agravante: LPS Brasília – Consultoria de Imóveis Ltda. Agravado: Cláudio Augusto Sampaio Pinto e outros. Julgado em 13 dez. 2016, DJe 01 fev. 2017. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67344972&num_registro=201602359562&data=20170201&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 30 mar. 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, conforme apresentado na parte introdutória, buscou-se estudar um ponto específico do contrato de incorporação imobiliária, referente a cláusula penal inserida nos compromissos de compra e venda de imóveis submetidos a esta atividade, e analisar se a convenção de penalidade dirigida a um dos contratantes pode ser, da mesma forma, imposta ao outro.

Para alcançar o objetivo proposto, alguns conceitos necessários foram abordados.

Inicialmente, foi exposto a caracterização da atividade de incorporação imobiliária, legalmente regulamentada pela Lei nº 4.591/64, conceituada como sendo a atividade de organização e construção de unidades imobiliárias autônomas vinculadas a fração ideal de terreno, para alienação aos adquirentes, sob o regime condominial. Com destaque para o importante papel que esta atividade empresarial desenvolve na sociedade, pois importa em captação de recursos do público e envolve interesse da economia popular, tendo, portanto, relevante responsabilidade social.

A seguir, buscou-se compreender a forma pela qual estes futuros imóveis são comercializados. Verificou-se que o contrato de promessa de compra e venda de imóveis é meio mais comum utilizado entre o incorporador e o adquirente para comercialização destas unidades imobiliárias.

Assim, analisou-se as características deste contrato, no qual o vendedor, chamado de promitente vendedor, se obriga a outorgar a escritura definitiva, transmitindo o domínio sobre o imóvel ao comprador, desde que este cumpra com sua obrigação de pagar o preço pactuado; e o comprador, chamado de promitente comprador, se obriga a pagar o preço, pois este é o implemento necessário a que está obrigado, diante da condição suspensiva, para exercer seu direito de aquisição. Neste tipo contratual, o pagamento do preço normalmente é feito em parcelas sucessivas e deve conter previsão contratual.

Notou-se que importante direito é resguardado ao promitente comprador por meio da promessa de compra e venda. Pois, se contratado em caráter irrevogável e irretratável, confere direito de aquisição ao mesmo, desde que este integralize o preço. Ressalte-se que a lei exige que para tanto o promitente comprador registre o instrumento no Cartório de Registro de Imóveis competente. No entanto, para a

doutrina consultada neste trabalho, o que garante o direito de aquisição é a convenção de irretratabilidade e irrevogabilidade, sendo que o registro deve operar efeitos contra terceiros. Neste ponto, também o entendimento da Súmula 76 do STJ.

Ainda sobre a promessa de compra e venda, constatou-se neste estudo que trata-se de importante mecanismo de financiamento das incorporações. Pois, através da venda antecipada das unidades imobiliárias, o incorporador capta recursos dos particulares com menor custo disponível no mercado, contando com fluxo de valores para a consecução da construção do empreendimento.

Passou-se então ao estudo da cláusula penal, prevista nos artigos 408 a 416 do Código Civil/2002. Constatou-se na doutrina consultada, que a convenção de penalidade possui origem e natureza contratual. Trata-se de obrigação assumida pelas partes com o objetivo de reforçar o adimplemento da obrigação principal ou de uma cláusula específica do contrato, ou ainda evitar a mora do devedor, impondo sanção econômica, normalmente em dinheiro. Sua natureza jurídica é de obrigação acessória, possuindo duas finalidades: a) servir de reforço à obrigação principal, compelindo o devedor ao adimplemento, e b) pré-determinar o valor das perdas e danos devidos diante de eventual inadimplemento do contrato (função indenizatória).

Verificou-se que a comercialização das unidades imobiliárias por meio da oferta ao público caracteriza o contrato de incorporação como sendo de consumo, e por esta razão a incidência do CDC nestas relações jurídicas. Neste ponto, percebeu-se a comunhão de opiniões da doutrina e da jurisprudência consultadas. Porém, há conformidade no entendimento também no sentido de que o CDC deve incidir nestes contratos somente no que a Lei das Incorporações for omissa, por exemplo na coibição de cláusulas, práticas e propaganda abusivas etc. E que naquilo que for específico das incorporações, deva continuar sendo regido pela lei que lhe é própria.

O estudo realizado sobre a possibilidade de inversão da cláusula penal nos contratos de incorporação imobiliária, diante de previsão contratual exclusiva em desfavor dos adquirentes, nos encaminhou primeiramente à análise de que tais disposições contratuais são inseridas em negócio jurídico bilateral, que se constitui mediante concurso de vontades. Sendo que o contrato é o negócio jurídico bilateral por excelência, de forma que supõe declarações coincidentes de vontades, e estas declarações produzem obrigações para ambas as partes e com dependência recíproca, o que se entende por sinalagma.

Segundo Gomes (2002, p.72), tal característica dos contratos (bilateralidade) implica em reconhecer que “uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações.” Assim, “as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de uma corresponde o direito da outra.”

Uma vez presente no instrumento contratual disposição acerca de cláusula penal, esta deve valer para ambos os contratantes, estabelecendo sanções igualmente para ambas as partes.

Verificou-se, ademais, que todo contrato bilateral é oneroso. E no caso do contrato em estudo, também comutativo, o que, por esta razão, suscita prestações correlatas, havendo certeza quanto as prestações e contraprestações, e correspondência entre elas.

Observado o fato de que, por se tratar de contratos pré-formulados, redigidos unilateralmente pelo incorporador, e oferecidos aos interessados em adquirir os imóveis que este se propõe a construir, o contrato de incorporação caracteriza-se como sendo por adesão. Certamente, por não dispor da possibilidade de negociar as disposições contratuais, fica o adquirente limitado em sua declaração de vontade. Assim, decorrendo desta prática, disposições que desequilibrem o contrato, cabe ao Judiciário a interpretação visando o reequilíbrio das obrigações.

No estudo realizado sobre a teoria contratual, constatou-se que os novos fundamentos em que está calçada impõe aos interpretes do direito reconhecer os princípios da boa-fé e equidade contratual como orientadores centrais da nova relação contratual. Com respaldo, antes de tudo, na própria Constituição Federal, de modo a zelar por um contrato funcionalizado e com destinação à realização de outros valores que não, somente, os patrimoniais.

Por fim, foram apresentadas teses contrárias à possibilidade de inversão da cláusula penal, extraídas de nossos Tribunais, de acordo com a jurisprudência do TJPR e do STJ.

Ao término desta pesquisa, nos parece ser de raciocínio mais adequado entender pela possibilidade de inversão da cláusula penal, no mesmo sentido em que vem julgando o Superior Tribunal de Justiça, mas ainda pendente de uniformização do entendimento. Pois, a par da relação contratual ora exposta, a inclusão de disposições que estipulam penalidades para a parte adquirente, sem que o mesmo efeito se verifique no sentido oposto, quando da previsão contratual para mora ou

inadimplemento, é típica cláusula abusiva, pois criam vantagens unilaterais para o fornecedor, e parecem violar o princípio da boa-fé objetiva, atentando contra a equidade contratual, o que, de certo, vai na contramão da teoria contratual moderna e do norteamento imposto pela ordem constitucional pátria.

Vale reforçar, por derradeiro, a importância da presente discussão, pois o entendimento a ser dado pelo Superior Tribunal de Justiça irá, além de afetar todos os processos pendentes de julgamento por todo o país, balizar os futuros negócios imobiliários desta espécie, trazendo adequações nestas relações jurídicas que, como exposto neste trabalho, interferem diretamente no desenvolvimento econômico, financeiro e social do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, DOU em 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF, 21 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 10.931, de 02 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias [...]. Brasília, DF, DOU em 03 ago. 2004. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 23, n. 49, p. 81-110, Jul.-Dez. 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 2** : teoria geral das obrigações. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 25, n. 52, p. 61-74, Jan.-Jun. 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direitos Reais**. 19. ed. rev. atual. e aumentada / por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato : conceito pós moderno : em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba : Juruá, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil : volume 2 : teoria geral das obrigações**. 21. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007. 2ª tiragem.

PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira. Contrato de incorporação imobiliária e sua resolução. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). **O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 203-329.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil : volume 2 : parte geral das obrigações**. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 7ª tiragem 2006.

VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XVI: dos direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **A Boa-Fé na Formação dos Contratos**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168/69778>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. **O Princípio da Boa-Fé nos contratos**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/237/399>> Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. **Princípios do Novo Direito Contratual [...]**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1730671/mod_resource/content/3/Princ%C3%ADpios%20do%20novo%20direito%20contratual.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação imobiliária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 24, n. 50, p. 92-135, Jan.-Jun. 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato** : novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEIXEIRA, Marcelo. Compromisso de compra e venda de imóvel: hipótese de aplicação do art. 924 do Código Civil. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 23, n. 49, p. 124-128, Jul.-Dez. 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). **O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e seus princípios**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro : AIDE, 2001.

TRISTÃO, Eduardo. Compromisso de compra e venda: contribuições para o estudo de sua natureza jurídica. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 32, n. 67, p. 19-69, Jul.-Dez. 2009.