



Processo nº 0037130-60.2010.8.14.0301
Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Privado
Recurso: Apelação
Comarca: Belém/PA
Apelante: Real Engenharia E Comercio LTDA.
Apelado: Cleiton da Silva Ramos
Relator: José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO COLEGIADO. ART. 1.030, II DO CPC. ADEQUAÇÃO DO JULGADO AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RESP nº 1.635.428/SC E DO RESP nº 1.498.484/DF, SOB A SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS. ATRASO DA ENTREGA DE IMÓVEL. CONTRATO QUE POSSUI CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA À CONSTRUTORA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA CLAUSULA PENAL MORATÓRIA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO E DE ADEQUAÇÃO DA DECISÃO COLEGIADA AO JULGAMENTO PARADIGMA. ACÓRDÃO REFORMADO PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DA CONSTRUTORA AOS DANOS EMERGENTES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Componentes da 1ª Turma de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Pará, à unanimidade, em CONHECER DO APELO e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.
Julgamento presidido pelo Exm Sr Des CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.
Belém (PA), 10 fevereiro de 2020.

JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR
Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Juízo de Retratação ao Acórdão nº 174.385, nos termos do art. 1.030, II do CPC, em Apelação Cível interposta por REAL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., em face de sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Belém/PA, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, ajuizada por CLEITON DA SILVA RAMOS, que julgou procedentes os pedidos do autor para condenar a Construtora a pagar ao autor a título de danos materiais o valor de R\$ 20.948,20 (vinte mil reais, novecentos e quarenta e oito reais e vinte centavos), corrigidos pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (súmula 54 do STJ), bem como ao pagamento da multa prevista na cláusula 11.3 do contrato firmado entre as partes, ou seja, de 0,3% do valor do imóvel constante no contrato da cláusula 5.6 de R\$ 201.578,38 (duzentos e um mil, quinhentos e setenta e oito reais e trinta e oito centavos), valor este que deve ser corrigido até o efetivo cumprimento desta decisão e multiplicado por 15 meses de atraso e, em sede de Embargos de Declaração, o juízo 'a quo' fixou correção monetária pelo INPC, sobre o



valor de R\$ 201.578,38.

Inconformada com esta sentença, a Construtora interpôs Recurso de Apelação (fls. 105/118), pugnando, preliminarmente, pelo reconhecimento de sentença ultra petita e, no mérito, pelo reconhecimento da validade das cláusulas contratuais, para que a condenação restrinja-se ao pagamento da multa contratual no importe de 0,3% conforme cláusula 11.3 do contrato, sendo afastada a condenação a título de danos materiais e, por fim, pela redução do valor dos honorários dos patronos da Ré.

O feito foi julgado pelo colegiado da 1ª Turma de Direito Privado que, sob a relatoria da Desembargadora Maria do Ceo Maciel Coutinho, conheceu e deu parcial provimento ao recurso tão somente para acolher a preliminar de sentença ultra petita, restringindo o período de indenização por danos materiais ao pedido pleiteado pelo autor na petição inicial – fls. 137/141.

A Construtora interpôs Recurso Especial contra este Acórdão, às fls. 142/151.

O Desembargador Presidente deste E. Tribunal determinou a suspensão do Recurso Especial (fl.261), a fim de aguardar o julgamento dos REsp n° 1.635.428/ SC e REsp n° 1.498.484/DF (Tema 970).

Com a conclusão do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça dos recursos paradigmas, a Vice Presente desta Casa de Justiça determinou o encaminhamento dos autos ao órgão julgador, devido haver divergência entre o entendimento aplicado, especialmente no que tange a cumulação de multa contratual e danos materiais, para manifestação quanto ao juízo de retratação (fls. 263/263-v).

Coube-me a relatoria do feito por redistribuição à fl. 269, em decorrência da declaração de suspeição por motivo de for íntimo proferida pela Desembargadora Maria do Ceo Maciel Coutinho (fl.265) e, posteriormente, pela Desembargadora Gleide Pereira de Moura (fl. 268).

É o relatório.

Inclua-se em pauta de julgamento.

VOTO

Tratam-se os autos de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais em que o autor pleiteou a condenação da Ré ao pagamento de indenização de perdas e danos consistente no ressarcimento dos valores pagos a título de aluguéis no período de 10/07/2009 a 10/09/2010, devidamente atualizados até a data efetiva de entrega do imóvel, bem como a condenação da Ré ao pagamento da multa de 0,3% prevista na cláusula 11.3 do contrato.

O juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos do autor, determinando a condenação da Ré ao pagamento de danos materiais, referente ao valor gasto com aluguéis e comprovados mediante 14 (quatorze) recibos, bem como da multa contratual prevista.

Diante disso, passo a apreciar o julgado novamente, tendo em vista a manifestação exarada pela douta Vice Presidente desta Egrégia Corte de Justiça (fls. 263/263-v), a fim de adequar o acórdão n° 174.385 (fls.137/141), ao entendimento firmado no julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos autos do REsp n° 1.635.428/ SC e do REsp n° 1.498.484/DF (Tema 970).

Consigno, primeiramente, que, apesar da eminente Desembargadora Relatora ter se reportado a condenação imposta à Construtora como lucros



cessantes (fl. 140), observo que, em verdade, a condenação por danos materiais assumiu a forma de danos emergentes, na medida em que representou o quantum efetivamente dispendido pelo autor com o pagamento de alugueis após o decurso do prazo de entrega do imóvel, já incluído o prazo de prorrogação de 180 dias.

Com efeito, veja-se que a indenização em danos materiais se referiu aos recibos juntados aos autos pelo autor às fls. 26/38, pelo o que retifico o Acórdão nesse particular.

Pois bem.

Nos julgados paradigmas, o Tribunal Superior firmou entendimento importante no que tange a indenização decorrente de atraso na entrega de imóvel, fixando a tese de impossibilidade de cumulação da cláusula penal moratória com a indenização a título de lucros cessantes.

No caso em epígrafe, verifico que a eminente Desembargadora Maria do Ceo Maciel Coutinho, relatora da Apelação Cível, concluiu pela mora da Construtora em entregar o empreendimento, justificando, assim, a concessão da parcela indenizatória ao consumidor. Não obstante ser devido parcela indenizatória, analisando o instrumento contratual firmado, constato que foi pactuado entre as partes multa convencional para o caso descumprimento por parte da vendedora, consubstanciada na cláusula 11.3 (fl. 19), in verbis:

11.3 – Se a Alienante não concluir a obra no prazo fixado, nem no prazo de tolerância, descontados, ainda, os dias de atraso do ADQUIRENTE no pagamento das parcelas, sem que tenha ocorrido a prorrogação por motivo de força maior ou caso fortuito, pagará a ALIENANTE ao ADQUIRENTE, a título de pena convencional, a quantia equivalente a 0,3% do preço reajustado monetariamente da unidade, por mês ou por fração de mês de atraso, exigível até a data em que o apartamento tiver habitabilidade. (grifei).

Note-se que, da simples leitura da cláusula acima, é possível concluir que a multa pactuada entre as partes, consubstancia uma indenização para o caso de inadimplemento relativo por parte da Construtora, isto é, embora tardio, ainda se mostra útil o cumprimento do contrato. Sendo assim, é nítido o seu caráter indenizatório.

Desta forma, havendo multa convencional no sentido de prefixar em patamar razoável a indenização, não cabe se falar em posterior cumulação com lucros cessantes, uma vez que esta também se caracteriza como parcela indenizatória.

A esse respeito, o C. Superior Tribunal de Justiça, apreciando o REsp nº 1.635.428/ SC e o REsp nº 1.498.484/DF, julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 970), pacificou a matéria nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. NATUREZA MERAMENTE INDENIZATÓRIA, PREFIXANDO O VALOR DAS PERDAS E DANOS. PREFIXAÇÃO RAZOÁVEL TOMANDO-SE EM CONTA O PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. INVIABILIDADE.

1. A tese a ser firmada para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.

2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(STJ. REsp nº 1.635.428/SC. Segunda Seção. Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 22/05/2019. DJe 25/06/2019) (grifo nosso).



RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. NATUREZA MERAMENTE INDENIZATÓRIA, PREFIXANDO O VALOR DAS PERDAS E DANOS. PREFIXAÇÃO RAZOÁVEL, TOMANDO-SE EM CONTA O PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. INVIABILIDADE. 1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.

2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(STJ. REsp 1.498.484/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/05/2019, DJe 25/06/2019) (grifo nosso).

Sabe-se que, uma vez inadimplida a obrigação, o devedor responderá pelos prejuízos decorrentes de sua mora, ressarcindo o credor em perdas e danos, nos termos dos artigos 389 e 395, ambos do CC. Ademais, o artigo 402 e 403 do diploma civilista estabelece que as perdas e danos englobam aquilo que o credor efetivamente perdeu – danos emergentes – e o que razoavelmente deixou de lucrar – lucros cessantes, conforme dispõe o artigo 402 do CC. Conquanto, em que pese a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça tenha feito expressa referência aos danos materiais na modalidade lucros cessantes, analisando os fundamentos que levaram a esta decisão, entendo que a ratio decidendi alcança também os danos emergentes.

Da leitura dos acórdãos paradigmas é possível extrair a notável preocupação da C. Corte em evitar o enriquecimento ilícito do consumidor, na medida em que entendeu que a cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo inadimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo. Logo, a referida cláusula não tem função punitiva, mas sim eminentemente compensatória e puramente indenizatória, não sendo possível haver cumulação de indenização com cláusula penal compensatória, seja o regime jurídico de direito civil ou de direito do consumidor.

Nesse sentido, transcrevo trechos dos fundamentos do acórdão que julgou o REsp nº 1.498.484/DF, sendo fixada a tese 970:

(...)

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

Dessarte, o estabelecimento da prefixação da multa no próprio contrato atende aos interesses de ambas as partes, incluindo o do devedor em mora, na medida em que inequivocamente propicia segurança jurídica às partes ao dispensar a prova do dano, muitas vezes onerosa e difícil, podendo levar até mesmo a litígios que devem ser dirimidos por juiz ou árbitro.

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



necessário o ajuizamento de ação, honorários advocatícios.

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

Observa-se, por oportuno, que a natureza da cláusula penal não exige, para o seu estabelecimento, o emprego das expressões tradicionais (cláusula penal, pena convencional ou multa). Ela existe e produz seus efeitos, desde que os interessados se sirvam desses e de outros termos equivalentes. Por outro lado, pode acontecer que não se trate de cláusula penal, embora os interessados assim o tenham expressado. Cumpre, em tal hipótese, pesquisar a verdadeira intenção das partes contratantes (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Direito das obrigações. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421-431).

Nesse rumo, destaca Pablo Rentería:

Por isso a individualização da tutela de cada contrato deve partir igualmente da análise de seu perfil funcional, ou seja, além de questionar quem contrata e o quê, é preciso também investigar as razões do contrato, ou seja, as finalidades que as partes perseguem por meio da execução do contrato. Esta questão é de grande importância e, em certos aspectos, superior às outras, pois é ela que permite que se projete na tutela contratual os valores do ordenamento que são relevantes para aquele concreto regulamento de interesses. (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 298). De fato, como é notório e bem exposto em audiência pública pelo jurista Sylvio Capanema de Souza, habitualmente, nos contratos de promessa de compra e venda, há cláusula estabelecendo multa que varia de 0,5% a 1% do valor total do imóvel a cada mês de atraso, pois representa o aluguel que o imóvel alugado, normalmente, produziria ao locador.

Menciona-se precedente deste Colegiado (EREsp n. 1.341.138/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti), assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. LUCROS CESSANTES. PREJUÍZO PRESUMIDO. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja pagamento de indenização por lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, sendo presumido o prejuízo do promitente comprador. 2. A citação é o marco inicial para a incidência dos juros de mora, no caso de responsabilidade contratual. Precedentes. 3. Embargos de divergência acolhidos. (EREsp 1341138/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJe 22/05/2018).

No referido precedente, Sua Excelência dispôs:

Prevalece nessa Corte o entendimento esposado no paradigma e nos demais acórdãos apresentados pelos embargantes, qual seja, descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade negocial da transação.

[...]

São devidos, portanto, lucros cessantes aos embargantes, correspondentes ao valor locatício do bem, no período de atraso na entrega do imóvel (de setembro de 1989, data incontroversa, conforme sentença, à fl. e-STJ 906, até abril de 2000, data do ingresso dos autores em sua posse, conforme decidido pelo acórdão recorrido, e-STJ, fls. 1296-97). Deverão aos autos, todavia, retornar ao Tribunal de origem para que se manifeste a respeito do valor locatício do bem no período, uma vez que o valor definido pela sentença, com base na perícia, foi objeto de impugnação na apelação da ora embargada e, em se tratando de matéria de fato controvertida, não cabe seu exame pelo STJ. Os juros de mora, em responsabilidade contratual, devem incidir a partir da citação. A propósito:

Embora por dever lealdade não se desconheça haver alguns precedentes, um inclusive de minha relatoria - a grande maioria em sede de agravo interno, sem maior debate ou reflexão -, apontando a natureza de pena da cláusula moratória, a sua natureza é eminentemente reparatória, ostentando, reflexamente, função dissuasória. A reparação civil como também a punição ostentam função dissuasória. A dissuasória, no âmbito da responsabilidade civil (contratual ou extracontratual), diferencia-se da meramente punitiva por buscar dissuadir condutas futuras mediante



reparação/compensação dos danos individuais (FACCHINI NETO, Eugênio. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 164).

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

A doutrina amplamente majoritária anota a natureza eminentemente indenizatória da cláusula penal moratória quando fixada de maneira adequada:

A fim de escapar às dificuldades inerentes à demonstração e quantificação dos prejuízos decorrentes de um eventual inadimplemento, as perdas e danos podem ser fixadas por cláusula penal, como expressamente autoriza o Código Civil (ver comentários aos arts. 408 a 416).

[...]

A cláusula penal serve, de um lado, como prefixação de perdas e danos devidas em caso de inadimplemento; e, de outro, como reforço da obrigação ou estímulo ao devedor para o cumprimento da prestação.

[...]

Estudos mais recentes têm, todavia, rejeitado a combinação de uma função punitiva com uma função compensatória, insistindo na precisa distinção entre as cláusulas de função punitiva ou sancionatória, e aquelas de liquidação antecipada do dano, destinadas a pré-fixar o montante da indenização.

[...] a cláusula penal não se confunde com outras penalidades de natureza processual, como as chamadas astreintes, que têm por finalidade "compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento". (TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Código civil comentado: artigos 233 a 420. São Paulo: Atlas, 2008, p. 376, 390 e 391)

Sob esse primeiro aspecto a stipulatio poenae destina-se, portanto, a assegurar o exato cumprimento da obrigação; b) ela fixa, ainda, antecipadamente o valor das perdas e danos devido à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante. Constitui, assim, liquidação à forfait, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não cumprimento da avença. Estipulando-a, como diz GIORGI, deixam os contratantes expresso que desejam, por esse modo, furtar-se aos incômodos da liquidação e da prova, que, muitas vezes, não são simples nem fáceis, requerendo tempo e despesa. Vislumbram-se destarte, nitidamente, as duas faces da cláusula penal (intimidação e ressarcimento). De um lado, como meio de pressão, ela reforça o vínculo, compelindo o devedor a honrar sua palavra; de outro, como instrumento de indenização, fixa a priori cifra que o contratante terá de pagar, caso se torne inadimplente, isto é, converte em res certa aquilo que é incerto. Suas afinidades com outras obrigações - Dessa segunda função da cláusula penal decorre, num relance, sua estreita analogia com as perdas e danos. Efetivamente, no fundo, os prejuízos regulados pelo art. 402 do Código Civil de 2002 e os prefixados numa cláusula penal são da mesma natureza, consistindo na sua redução a determinada soma em dinheiro (pecuniae estimatio). A diferença é que, na pena convencional, o quantum vem de antemão arbitrado pelas próprias partes interessadas, enquanto nas perdas e danos fixa o juiz seu montante, após regular liquidação, ou comprovação.

[...]

Espécies - A cláusula penal poder referir-se: a) à inexecução completa da obrigação; b) à de alguma cláusula especial; c) à mora, simplesmente (Cod. Civil de 2002, art. 409). Nos dois primeiros casos (letras a e b), denomina-se compensatória, e, no último (letra c), moratória.

[...]



À pena convencional terá direito o credor, sem dependência da prova de prejuízo efetivo. [...]
Vejam, por fim, a hipótese da letra c, vale dizer, estipulação de cláusula penal para o caso de simples mora. Em tal conjuntura consoante a mesma regra do art. 411 do Código Civil de 2002, ao credor cabe reclamar simultaneamente a pena convencional e a prestação principal.

[...]

Dada a circunstância apontada, que possibilita a cumulação das prestações, não costuma ser elevada a multa moratória. Há quem se recomende até que se tenha em vista o valor da pena, para se poder caracterizá-la como moratória ou compensatória.

[...]

Nosso Código Civil de 2002, porém, repita-se, num dispositivo prudente e que se aplica tanto às obrigações civis como às mercantis, põe freio ao individualismo das partes: o valor da multa não pode exceder o da obrigação principal. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Direito das obrigações. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421-431)

Dispõe o art. 402 do Código Civil que, "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Essa norma se conecta aos arts. 186 e 927 do Código Civil, para ressaltar que no direito civil a inexistência do dano é óbice à pretensão de qualquer espécie de reparação.

[...]

Todavia, quando a conduta praticada for contrária a uma relação obrigacional particularizada e preexistente, ofendendo-se um dever positivo de dar, fazer ou não fazer, ingressamos na seara da responsabilidade civil negocial, que será imputada àquele que gerou danos à outra parte da relação jurídica. A obrigação de ressarcir decorre tanto da inexecução total do vínculo obrigacional - inadimplemento absoluto - como do parcial - mora.

[...]

Os arts. 403 e 944 do Código Civil dispõem que a indenização será mensurada pela extensão do dano. Portanto, na aferição do quantum indenizatório, é prescindível a aferição do grau de culpa do agente, sendo suficiente a preocupação do magistrado com o vulto concreto dos prejuízos.

[...]

O que significaria a sentença que inicia o comando do art. 402 do Código Civil, "salvo as exceções expressamente previstas em lei"? Em algumas hipóteses taxativamente abordadas no Código Civil e localizadas na responsabilidade contratual, a prova do prejuízo pelo credor será dispensada. É o que se dá na imposição de pleno direito dos juros moratórios e cláusula penal (arts. 407 e 416, CC).

Por último, deve-se atentar para a parte final do art. 403 do Código Civil: "as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato". (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS; Cristiano Chaves de. Manual de direito civil. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 680)

Quando as partes estabelecem cláusula penal, torna-se desnecessário o arbitramento, porque já houve prévia fixação da indenização a ser paga pelo devedor em caso de inadimplemento. (LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Obrigações. São Paulo: Atlas, 2011, p. 736)

O intérprete não vai encontrar o conceito de mora no CDC, devendo, então, recorrer ao art. 394 do Código Civil, para, inclusive, aplicá-lo às relações de consumo.

[...]

Entretanto, se no contrato de consumo for pactuada a cláusula penal, seja ela moratória ou compensatória, o seu valor funciona como esse limite em favor do consumidor. Ora, o art. 416, parágrafo único, do Código Civil é claro ao preceituar que, ao se estabelecer uma cláusula penal, o credor não precisa provar seu prejuízo para executá-



la [...]. (KHOURI, Paulo Roque R. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.120-121)

É bem por isso que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, analisando o CC/2002, promove a arguta observação acerca do Título IV do Livro Primeiro, que disciplina o inadimplemento das obrigações, ou seja, as que não são levadas a bom termo ou que lá chegaram de forma defeituosa, incompleta: se "atentarmos, juntos, eu e vocês, às principais alterações, aquelas mais interessantes e revolucionárias que se encontram neste último Título relativo ao inadimplemento das obrigações são regras de responsabilidade civil e não de teoria geral das obrigações". (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coords.). Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual. São Paulo: Método, 2011, p. 168-170)

Diante desse cenário, havendo cláusula penal no sentido de prefixar, em patamar razoável, a indenização, não cabe a cumulação posterior com lucros cessantes.

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes das duas Turmas de Direito Privado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ACORDO JUDICIAL. PAGAMENTO EM PRESTAÇÕES. ATRASO. CLÁUSULA PENAL. INADIMPLENTO DE PEQUENA MONTA. PAGAMENTO PARCIAL. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA. PACTA SUNT SERVANDA. ART. 413 DO CC/02. AVALIAÇÃO EQUITATIVA. CRITÉRIOS. PECULIARIDADES. 1. Cinge-se a controvérsia a determinar se: a) é um dever ou uma faculdade a redução da cláusula penal pelo juiz, na hipótese de pagamento parcial, conforme previsão do art. 413 do CC/02; b) é possível e com qual critério deve ocorrer a redução do valor da multa na hipótese concreta. 2. O valor estabelecido a título de multa contratual representa, em essência, a um só tempo, a medida de coerção ao adimplemento do devedor e a estimativa preliminar dos prejuízos sofridos com o inadimplemento ou com a mora. 3. No atual Código Civil, o abrandamento do valor da cláusula penal em caso de adimplemento parcial é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e direito do devedor a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações, os quais convivem harmonicamente com a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda. 4. A redução da cláusula penal é, no adimplemento parcial, realizada por avaliação equitativa do juiz, a qual relaciona-se à averiguação proporcional da utilidade ou vantagem que o pagamento, ainda que imperfeito, tenha oferecido ao credor, ao grau de culpa do devedor, a sua situação econômica e ao montante adimplido, além de outros parâmetros, que não implicam, todavia, necessariamente, uma correspondência exata e matemática entre o grau de inexecução e o de abrandamento da multa. 5. Considerando, assim, que não há necessidade de correspondência exata entre a redução e o quantitativo da mora, que a avença foi firmada entre pessoas jurídicas - não tendo, por esse motivo, ficado evidenciado qualquer desequilíbrio de forças entre as contratantes -, que houve pequeno atraso no pagamento de duas prestações e que o adimplemento foi realizado de boa-fé pela recorrente, considera-se, diante das peculiaridades da hipótese concreta, equitativo e proporcional que o valor da multa penal seja reduzido para 0,5% do valor de cada parcela em atraso. 6. Recurso especial provido. (REsp 1641131/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO CIVIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE CELEBRADO ENTRE REDE DE TELEVISÃO E APRESENTADOR (ÂNCORA) DE TELEJORNAL. ART. 413 DO CDC. CLÁUSULA PENAL EXPRESSA NO CONTRATO. 1. A cláusula penal é pacto acessório, por meio do qual as partes determinam previamente uma sanção de natureza civil - cujo escopo é garantir o cumprimento da obrigação principal -, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido. Há dois tipos de cláusula penal, o vinculado ao descumprimento total da obrigação e o que incide quando do incumprimento parcial desta. A primeira é denominada pela doutrina como compensatória e a segunda como moratória.

[...]

8. Recursos especiais não providos. (REsp 1186789/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 13/05/2014).



PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. SOBRESTAMENTO. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. LUCROS CESSANTES E CLÁUSULA PENAL. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A afetação de recurso especial ao rito dos recursos repetitivos não impõe, necessariamente, a suspensão dos processos em curso no STJ, conforme decidido pela Segunda Seção desta Corte, no julgamento do AgRg na Rcl 27.689/MG, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro. 2. Inviável a interpretação de cláusulas contratuais e o reexame de matéria de fato em recurso especial, por óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 3. No caso dos autos, é vedada a alteração das conclusões do acórdão recorrido a respeito da caracterização da cláusula penal como compensatória, e não moratória, como pretende a recorrente. 4. Celebrado acordo entre as partes, sem a participação do advogado, cabível a execução da verba honorária, não atingida pela transação. Precedentes. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 764.552/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 31/10/2017).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE LUCROS CESSANTES CORRESPONDENTES AO VALOR MÉDIO DE ALUGUEL DO IMÓVEL OBJETO DO CONTRATO. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA RECONSIDERAR PARCIALMENTE A DECISÃO AGRAVADA E, EM NOVA ANÁLISE, CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que, reconhecida a culpa do promitente vendedor no atraso da entrega de imóvel, os lucros cessantes são presumidos e devem corresponder à média do aluguel que o comprador deixaria de pagar. 2. Na espécie, a decisão agravada deve ser parcialmente reformada, para condenar os ora agravados ao pagamento de lucros cessantes à parte ora agravante correspondentes ao valor médio de aluguel do imóvel objeto deste processo desde junho de 2013 até a efetiva entrega das chaves. 3. Agravo interno provido para reconsiderar parcialmente a decisão agravada e, em nova análise, dar parcial provimento ao recurso especial. (AgInt no REsp 1723050/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. LUCROS CESSANTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Segunda Seção, no julgamento dos EREsp 1.341.138/SP, de relatoria da eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (julgado em 9/5/2018 e publicado no DJe de 22/05/2018), concluiu que, descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade comercial da transação", de modo que a indenização dos lucros cessantes deve ser calculada com base no valor locatício do bem, no período de atraso na entrega do imóvel, o que, no caso dos autos, será apurado em liquidação de sentença. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no AREsp 921.095/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POSTULANDO O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTORAL COM CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA CLÁUSULA PENAL AVENÇADA. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA CONTRATUAL PELA CORTE ESTADUAL. 1. Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador



de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. 2. Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. 3. Sob a égide do Código Civil de 2002, a redução da cláusula penal pelo magistrado deixou, portanto, de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação (artigo 924 do Código Civil de 1916) e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada. 4. Superou-se, assim, o princípio da imutabilidade absoluta da pena estabelecida livremente entre as partes, que, à luz do código revogado, somente era mitigado em caso de inexecução parcial da obrigação. 5. O controle judicial da cláusula penal abusiva exsurtiu, portanto, como norma de ordem pública, objetivando a concretização do princípio da equidade - mediante a preservação da equivalência material do pacto - e a imposição do paradigma da eticidade aos negócios jurídicos. 6. Nessa perspectiva, uma vez constatado o caráter manifestamente excessivo da pena contratada, deverá o magistrado, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução, a fim de fazer o ajuste necessário para que se alcance um montante razoável, o qual, malgrado seu conteúdo sancionatório, não poderá resultar em vedado enriquecimento sem causa. 7. Por sua vez, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, deverá o juiz, de ofício e à luz do princípio da equidade, verificar se o caso reclamará ou não a redução da cláusula penal fixada. 8. Assim, figurando a redução da cláusula penal como norma de ordem pública, cognoscível de ofício pelo magistrado, ante sua relevância social decorrente dos escopos de preservação do equilíbrio material dos contratos e de repressão ao enriquecimento sem causa, não há falar em inobservância ao princípio da adstrição (o chamado vício de julgamento extra petita), em preclusão consumativa ou em desrespeito aos limites devolutivos da apelação. 9. Recurso especial não provido. (REsp 1447247/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 04/06/2018).

Nessa linha de inteligência, diante de alentado estudo apresentado em palestra proferida no auditório do STJ, em 25/4/2018, a doutra Ministra Maria Isabel Gallotti, pontuou, in verbis:

Aqui também se põe a mesma observação: a definição da tese há de levar em consideração a natureza da cláusula penal e não apenas o rótulo a ela dado no contrato. Se a cláusula penal incide todos meses, tendo como base de cálculo o valor do total do contrato, vale dizer, o valor do imóvel, é certo que se destina a coibir a mora da empresa na entrega do imóvel, mas também compensa o prejuízo sofrido mensalmente com a privação do uso imóvel, cujo valor locatício, como é notório, não ultrapassa no mercado, em regra, de 0,5% a 1% ao mês do valor do bem. Diversa é a situação de multa moratória incidindo sobre o valor total do bem, mas apenas uma única vez, quando, então, naturalmente, não compensará a despesa (ou a perda da fruição) mensal do consumidor em decorrência do não cumprimento do prazo de entrega.

(...)

Ora, se a referida cláusula já tem a finalidade de indenizar o consumidor pela mora referente ao atraso na entrega do imóvel, inviável se falar em cumulação desta cláusula com a indenização por danos emergentes. Afinal, ao impor dupla compensação financeira pelo mesmo fato, incorrer-se-ia em bis in idem, conduta repudiada em nosso ordenamento jurídico e que ensejaria o enriquecimento ilícito do consumidor.

Assim, a parcela indenizatória pela mora da Construtora na entrega imóvel já encontra previsão contratual (cláusula 11.3), no montante de 0,3% do preço reajustado monetariamente da unidade, por mês ou por fração de mês de atraso, exigível até a data em que o apartamento tiver habilitado.

Com o intuito de adequar o julgamento deste recurso ao entendimento sedimentado pelo C. STJ, afasto a condenação por danos materiais, na modalidade danos emergentes, mantendo a cláusula moratória fixada no contrato.



Em razão da reforma da sentença, observa-se a existência de sucumbência recíproca das partes, pelo o que as custas processuais e os honorários advocatícios arbitrados na sentença – no montante de 20% (vinte por cento) do valor da condenação – devem ser distribuídas igualmente entre os litigantes, nos termos do artigo 86 do CPC.

Ante o exposto, nos termos do art. 1.030, II, do CPC, exerço o juízo de retratação do Acórdão n°. 174.385, para adequá-lo à orientação firmada no paradigma do REsp n° 1.635.428/SC e do REsp n° 1.498.484/DF (Tema 970) e, assim, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO à Apelação Cível para afastar a condenação por danos materiais, na modalidade danos emergentes e, por consequência, reconheço a sucumbência recíproca das partes, ensejando na distribuição igualitária das custas processuais e honorários advocatícios entre os litigantes, mantendo o Acórdão em seus demais termos, conforme fundamentação supra.

É como voto.

Belém (PA), 10 de fevereiro de 2020.

JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR
DESEMBARGADOR – RELATOR