



DCV 0319 – Responsabilidade Contratual

Aula 7 – Cláusula Penal

26 de maio de 2023

Prof. Francisco Marino

I. Resolução contratual e indenização

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

- Se vendedor opta pela resolução, qual a indenização devida?
- Deve ela ser calculada em função do interesse positivo ou negativo?

I. Resolução contratual e indenização

- **Interesse positivo:** comparação com a situação hipotética em que o lesado estaria se o contrato **tivesse sido** perfeitamente adimplido
 - implica **adição** de elemento, que deveria ter ocorrido mas não aconteceu
- **Interesse negativo:** comparação com situação hipotética em que o lesado estaria se **não houvesse** celebrado o contrato ou **não houvesse** se engajado em negociação
 - implica **supressão** de algo que ocorreu, porém não produziu o efeito almejado

I. Resolução contratual e indenização

- *Exemplo 1: compromisso de compra e venda de imóvel na planta*
 - *inadimplemento da promitente vendedora / incorporadora*
 - *Se o promitente comprador opta pela resolução, como calcular a indenização devida?*
- **Interesse negativo:**
 - (a)** despesa com negociação e execução do contrato +
 - (b)** perda da chance de adquirir outro imóvel naquelas condições (valorização do mercado imobiliário) **ou** o rendimento do valor pago no período (v.g., aplicação financeira)

I. Resolução contratual e indenização

- *Exemplo 1: compromisso de compra e venda de imóvel na planta*
 - *inadimplemento da promitente vendedora / incorporadora*
 - *Se promitente comprador opta pela resolução, como calcular a indenização devida?*
- **Interesse positivo:**
 - lucro que adviria do contrato: **(a)** diferença entre (i) valor do imóvel após a entrega e (ii) preço pago; **e/ou (b)** lucro obtido com aluguel

I. Resolução contratual e indenização

- *Exemplo 2: Parceria entre incorporadora A e construtora B. A outorga a B o direito de construir determinado número de unidades autônomas com exclusividade, ao longo de certo período. B permanece atendendo A com exclusividade pelo prazo acordado, mas A descumprir o contrato e encomenda a construção de apenas parte das unidades autônomas garantidas. Em caso de resolução, qual a indenização devida?*
 - **Interesse negativo: (a)** despesas com o contrato + **(b)** eventual perda de chance de celebrar parceria com terceiro
 - Problema: proporcional à porção descumprida?

I. Resolução contratual e indenização

- *Exemplo 2: Parceria entre incorporadora A e construtora B. A outorga a B o direito de construir determinado número de unidades autônomas com exclusividade, ao longo de certo período. B permanece atendendo A com exclusividade pelo prazo acordado, mas A descumpra o contrato e encomenda a construção de apenas parte das unidades autônomas garantidas. Em caso de resolução (antes do final do prazo), qual a indenização devida?*

- **Interesse positivo:**

lucro com a construção das unidades não construídas

I. Resolução contratual e indenização

- Autores antigos não costumavam referir o problema
- A doutrina atual se divide
- Somente interesse negativo: Antunes Varela, Gisela Sampaio da Cruz, Aline Terra
- Admitem o interesse positivo (em geral ou em certos casos): Renata Steiner, Giovanni Nanni e Judith Martins-Costa

I. Resolução contratual e indenização

“Não é só porque se resolve o elo por incumprimento irremediável que o interesse contratual a ser reparado é o negativo. Mesmo porque o artigo 475 do Código Civil, que primordialmente governa a matéria, ainda que conjugado com outros relevantes, como os artigos 389, 402 e 403, assim como o artigo 944, 'caput', **não determina** que a indenização é parametrizada pela hipotética situação de espelhar cenário ficto de não existência retroativa do ajuste. Pelo contrário, o marco legal é o **preceito da reparação integral**, sendo, nesta conjuntura, ilógico pressupor que, para reparar, é preciso considerar que o contrato e respectivos atos de cumprimento não se materializaram.

A bem da verdade, pode até se aproximar muito desta constatação caso a inexecução incurável se apresente ato contínuo à sua celebração, em que nada foi adimplido. Mas tal não é a tendência em contratos em que geralmente se emprega o expediente em pauta. Longe disso, comumente já houve realização de prestações e contraprestações, impondo que se examine o caso concreto para definição do montante certo a ser reparado.”

(Giovanni Nanni, *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*, 738-9)

II. Regulação convencional da responsabilidade contratual

Cláusulas

- *regulando a responsabilidade por caso fortuito ou força maior (CC, 393)*
- *regulando a responsabilidade por evicção (CC, 448)*
- *regulando a responsabilidade por vícios redibitórios*
- *prevendo o pagamento de arras (CC, 417-420)*
- *de remédio exclusivo (sole remedy)*
- *limitando ou excluindo a obrigação de indenizar*
- *penais (CC, 408-416)*

III. Cláusula penal: conceito

- **Conceito:** cláusula contratual prevendo uma **sanção** – usualmente o pagamento de uma quantia em dinheiro – para o caso de **inadimplemento** (*lato sensu*) de uma obrigação

Características



- ***acessoriedade***
- ***condicionalidade***

IV. Cláusula penal: características

- **Acessoriedade**: obrigação de prestar a pena é **accessória** em relação à obrigação cujo inadimplemento desencadeia a sua exigibilidade
 - Invalidade, impossibilidade superveniente ou extinção da obrigação principal repercutem na cláusula penal

IV. Cláusula penal: características

- **Condicionabilidade:** efeitos da cláusula penal – *i.e.*, o nascimento da pretensão ao recebimento da pena – estão condicionados ao inadimplemento
 - Inadimplemento deve ser **imputável** ao devedor

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

V. Cláusula penal: classificações legais

Quanto ao tipo de inadimplemento (CC, 409)

- *mora*
- *inadimplemento “completo” ou “total” da obrigação*
- *Inadimplemento de “cláusula especial” ou “determinada”*

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

V. Cláusula penal: classificações legais

*Quanto à
cumulatividade
com a tutela
específica*

- *“compensatória”, “substitutiva” ou “satisfativa” = é “alternativa” à obrigação principal (CC, 410)*
- *“moratória” ou “cumulativa” = exigível em conjunto com a obrigação principal (CC, 411)*

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

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de **mora**, ou em segurança especial de outra **cláusula determinada**, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, **juntamente** com o desempenho da obrigação principal.

V. Cláusula penal: classificações legais

- Crítica às expressões “compensatória” e “moratória”:
 - “Compensação” **de prejuízo** (indenização) ou compensação **da prestação** não realizada (sub-rogação)?
 - No primeiro sentido, há compensação de **danos moratórios** (CC, 395)
 - Cláusula “moratória” não diria respeito apenas à mora... (CC, 411)
- Deve-se verificar o sentido atribuído **pelas partes** a tais expressões

V. Cláusula penal: classificações legais

- Crítica à linguagem dos arts. 409-411
- Inadimplemento “**completo**” ou “**total**” é expressão **plurívoca**
 - a) Contraposto à mora, seria o **inadimplemento definitivo (absoluto)**, mas então CP não seria “alternativa à obrigação principal” (tutela específica).
Solução: tomar alternativa como “equivalente pecuniário”
 - b) Contraposto à violação de dever específico (art. 411), inexecução “total” designaria a **total insatisfação** do interesse do credor, mesmo em caso de adimplemento parcial

V. Cláusula penal: classificações legais

- Qual o sentido de cláusula “especial” ou “determinada”?
- Inadimplemento de **dever específico**, sem se confundir com a obrigação principal
 - Contudo, a violação de um dever específico pode justificar a resolução contratual, não sendo a multa cumulável com a prestação principal
 - Ex.: obrigação de o locatário contratar seguro do imóvel locado, obrigação de não concorrência ou de exclusividade

V. Cláusula penal: classificações legais

- Conclusão: arts. 409-411 não formam um sistema totalmente coerente
- Sistematização não dá conta de violação de dever anexo, tampouco de adimplemento imperfeito
- O rol do art. 409 não é exaustivo
- Normas de natureza dispositiva. Deve-se examinar o caso concreto
 - Ex.: critério do valor da multa em comparação com o da prestação principal

