



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

ANTONIO EDUARDO BENRADT OSTROWSKI

**REEQUILÍBRIO CONTRATUAL: A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS
CONTRATOS DE ADESÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL**

BRASÍLIA

2020

ANTONIO EDUARDO BENRADT OSTROWSKI

**REEQUILÍBRIO CONTRATUAL: A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS
CONTRATOS DE ADESÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santanna.

BRASÍLIA

2020

Ostrowski, Antonio Eduardo Benradt.

Reequilíbrio contratual: a inversão da cláusula penal nos contratos de adesão de promessa de compra e venda de imóvel / Antonio Eduardo Benradt Ostrowski. – Brasília, O Autor, 2020.

175 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientador Prof.: Héctor Valverde Santanna.

1. Direito Civil. 2. Consumidor. 3. Contratos de adesão. 4. Cláusula penal. 5. Jurisprudência.

ANTONIO EDUARDO BENRADT OSTROWSKI

**REEQUILÍBRIO CONTRATUAL: A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS
CONTRATOS DE ADESÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santanna.

Brasília, 23 de novembro de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Professor Héctor Valverde Santanna
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Dr. Orientador

Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Dr. Examinador

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro
Universidade Católica de Brasília (UCB), Dr. Examinador

Aos meus filhos, Daniel e Marcela: que o meu trabalho sirva, de alguma forma, para retribuir todo o amor e admiração que nutrem por mim.

AGRADECIMENTOS

A vida nos leva por vários caminhos diferentes. Muitas vezes, não entendemos a situação na qual nos encontramos ou o porquê determinada tarefa nos foi dada. Uns chamam de mistério, outros de desígnios divinos. Eu chamo de sorte. Todos os problemas, todos os encontros, todos os acertos e erros nos trazem até o presente. Podemos aprender com o passado para acertar no futuro. Podemos persistir nos erros anteriores e continuar assim no futuro. Em todo caso, pouco se pensa no presente, pouco se vive o momento. Horácio já dizia para aproveitarmos o dia. Como aproveitá-lo se temos medo de errar ou de continuar errando? Como aprender com nossa própria vivência e melhorar no que precisamos?

Pensar apenas no passado, prende-nos em um mundo sem riscos, sem desafios e sem vitórias. Pensar apenas no futuro, deixa-nos medrosos em arriscar a dar um passo em direção ao que acreditamos ser a felicidade – o incerto e duvidoso. Entretanto, se não fazê-lo, como sabe-lo? Cada indivíduo percorre essa estrada com seu livre arbítrio, não se pode saber o resultado se o caminho *a* ou *b* seria melhor ou pior. O que se pode, deve, fazer é aprender com todos os que te cercam, com as pessoas que torcem por você, pelo seu sucesso, que compartilham suas experiências e histórias, na tentativa de dar uma mínima contribuição para sua felicidade e uma melhor compreensão disso tudo chamado vida.

Dessas pessoas, a família está no topo da lista de quem torce, comemora, incentiva e nos socorre. Meu pai já foi professor e hoje é servidor público. Minha mãe foi professora durante anos. Para mim, são heróis; um farol capaz de guiar durante a tempestade, são a quem recorro por auxílio, para compartilhar uma alegria, uma tristeza ou, simplesmente, para ficar perto observando o tempo passar. A inspiração que me deram, o trabalho feito na minha educação e na construção da minha personalidade, são admiráveis. Paciência, persistência e amor. Hoje, eu até poderia estar aqui com este trabalho se tivesse percorrido outros caminhos e tomado outras decisões – o resultado poderia ser melhor ou pior, não há como saber. Somente tenho a certeza e a paz em saber que o meu caminho, com eles, foi o melhor. O resultado é apenas consequência. Por isso, gratidão aos dois pela vida e por serem os alicerces da minha felicidade e da minha conquista. Eu te amo, pai! Eu te amo, mãe!

Além disso, os relacionamentos interpessoais são importantes para crescermos, conquistar nossos objetivos e nos tornar pessoas melhores. John Donne dizia que *nenhum homem é uma ilha*. Ter o amor e cuidado da sua parceira é fundamental para desempenhar um bom trabalho. Para mim há a certeza de que sem ela não teria completado uma das tarefas mais

difíceis que optei em fazer. Companheira, atenciosa e amorosa, ensinou-me a ser mais calmo, focado, prestativo, trabalhador e a produzir mais e melhor. Mostrou que posso ter orgulho de mim e do que faço. Todo esse incentivo e apoio, nessa pequena janela da minha história, mostra sua grandeza. Minha vida está atrelada à sua e a sua à minha. Sem você também não teria chegado até aqui. À minha futura esposa, obrigado pela persistência, pelas sugestões, pela revisão deste trabalho e por ser tão maravilhosa e iluminada. Eu te amo, Sandra!

O que aprendi até agora? Ítalo Marsili define bem como fazer da melhor forma a jornada da vida, opinião com a qual me identifico e tento enraizar nos meus hábitos: *trabalhe, sirva bem, seja forte e não encha o saco*. Você escreve sua história, a partir dos caminhos percorridos e das escolhas ao longo do tempo. Não existe atalho, receita ou fórmula para a felicidade ou para se chegar onde se deseja, existe apenas maneiras de melhorar sua jornada enquanto estiver por aqui. O certo é que, trabalhar pela felicidade e pelo bem-estar de sua família, esposa, filhos e todas as outras pessoas com quem se convive – colegas de trabalho, vizinhos etc. –, servindo e sendo prestativo, torna tudo mais leve, possível e prazeroso. Sua felicidade está bem aí, basta abrir seus olhos e amar quem vos ama da melhor e mais elevada maneira. Gratidão, Criador.

RESUMO

Os contratos nasceram da necessidade humana em transferir riquezas, sejam bens móveis, imóveis ou semoventes, bem como da desconfiança em relação ao cumprimento efetivo de seus termos tanto pelo contratante quanto pelo contratado. Neste trabalho, discute-se o contrato de adesão e a possibilidade de inversão de suas cláusulas, para se manter o equilíbrio entre as partes. Assim, para contextualizar o leitor, apresentam-se os elementos formadores e que compõem o instrumento, presentes na teoria geral dos contratos: classificação dos contratos e os princípios. Mais especificamente, adentra-se no contrato de compra e venda, espécie em que o contrato de adesão está mais presente e no contrato de incorporação imobiliária, passando por suas especificidades, bem como situações de responsabilização de uma das partes por inadimplemento ou quebra contratual. Nesse âmbito, são analisadas as decisões ensejadoras da fixação da tese no Tema 971, exarada em sede de recurso repetitivo com repercussão geral. A pesquisa de jurisprudência sobre a inversão de cláusulas contratuais nos contratos de adesão tem o objeto de complementar a discussão e consiste em 1.117 acórdãos, distribuídos entre 229 do Superior Tribunal de Justiça e 888 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O critério de período temporal utilizado para o primeiro se deu entre 22.11.1993 e 30.03.2020. Para o segundo, o período compreende de 01.04.2015 a 29.04.2020. Os resultados são apresentados após o confronto das situações que podem ensejar nulidade ou anulabilidade. Ao longo do trabalho são utilizados dispositivos legais da Constituição Federal, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. A intenção desta dissertação é verificar se existe a possibilidade da inversão das cláusulas previstas em contratos de adesão e se seria capaz de conferir maior equilíbrio entre as partes, preservando-se os negócios jurídicos da melhor forma possível, tendência que vai ao encontro do Direito do Consumidor no âmbito mundial.

Palavras-chave: Direito Civil. Consumidor. Contratos de adesão. Cláusula penal. Jurisprudência.

ABSTRACT

The contracts were born out of the human need to transfer wealth whether it is mobile, estate or animal, as well as a result in distrust in relations about the effective fulfillment of its terms by both the contracting and the contractor. In this paper is discussed the adhesion contract and the possibility of reversing its clauses in order to maintain the balance between the parties. Thus, to contextualize the reader, the elements that mold up the instrument present in the general theory of contracts are demonstrated: classification of contracts and principles. More specifically, purchase and sale agreement as well real estate development contract are entered, a type in which the adhesion contract is present more often as well situations where a part may be held responsible for noncompliance to its terms or breach of contract. In this context, the decision that motivated the fixation of the thesis in Theme 971 is analyzed, which was made as a repetitive appeal with general repercussion. The jurisprudence on the inversion of contractual clauses in adhesion contracts was researched in order to increase the debate, consisting on 1,117 judgments, distributed between 229 of the Superior Court of Justice and 888 of the Court of Justice of the Federal District and Territories. The time period criterion used for the first occurred between 11.22.1993 and 03.30.2020. For the second, the period ranges from 04/01/2015 to 04/29/2020. The results are discussed after confronting the hypotheses that may give rise to nullity or annulment. Throughout the work, legal provisions of the Federal Constitution, Civil Code and Consumer Protection Code are widely used. The intention of this dissertation is to verify if there is a possibility of the inversion of the clauses foreseen in adhesion contracts in order to confer a greater balance between the parties, preserving the legal affairs in the best possible way, a trend that meets the Consumer Law worldwide.

Keywords: Civil right. Consumer. Adhesion contracts. Penal clause. Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1. OS CONTRATOS	18
1.1. Conceito	21
1.1.1. Evolução Histórica e Ideológica.....	24
1.1.2. O Documento.....	28
1.1.3. Formação	30
1.1.4. Efeitos.....	31
1.2. Classificação.....	31
1.2.1. Unilateral, Bilateral ou Sinalagmático.....	33
1.2.2. Aleatório	36
1.2.3. Comutativo	37
1.2.4. Oneroso.....	38
1.2.5. Gratuito.....	39
1.2.6. Paritário	39
1.3. Princípios contratuais	40
1.3.1. Autonomia da Vontade.....	44
1.3.2. Força Obrigatória dos Contratos	50
1.3.3. Teoria da Imprevisão.....	52
1.3.4. Função Social	53
1.3.5. Boa-fé Objetiva.....	57
1.3.6. Relatividade dos seus Efeitos	60
1.3.7. Equilíbrio entre as Partes.....	61
1.3.8. Conservação dos Contratos	65
CAPÍTULO 2. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL	67
2.1. Compra e Venda	69
2.1.1. Promessa e Compromisso de Compra e Venda.....	72

2.1.2. Contrato de Incorporação Imobiliária.....	75
2.2. Contrato de Adesão	80
2.3. Contratos de Consumo.....	85
2.3.1. Delimitações Gerais.....	87
2.3.2. Cláusula Penal	89
2.4. Responsabilidade Civil Contratual	96
CAPÍTULO 3. O REEQUILÍBRIO CONTRATUAL NO TEMA 971 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	103
3.1. Instrumentos de Reequilíbrio Contratual	107
3.1.1. Nulidades e Anulabilidades	109
3.1.2. Capacidade das Partes	110
3.1.3. Erro	110
3.1.4. Dolo e Violência.....	112
3.1.5. Simulação	113
3.1.6. Nulidade e Ordem Pública.....	114
3.1.7 O Reequilíbrio Contratual	115
3.2. Acórdãos paradigma e Tema 971.....	115
3.2.1. Recurso Especial nº 1.614.721/DF (2016/0187952-6) e Recurso Especial nº 1.631.485/DF (2016/0266913-0).....	122
3.2.2. Comentários à Tese Firmada	133
3.3. Análise de Jurisprudência.....	137
3.3.1. Superior Tribunal de Justiça – STJ.....	138
3.3.2. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT	141
3.3.3. Considerações Finais aos Resultados	149
CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS	161

INTRODUÇÃO

O instituto do contrato remonta aos tempos do império romano, utilizado para transferir direitos sobre o uso de coisas – móveis, imóveis, pessoas ou animais –, criando obrigações por meio de atos solenes.¹ No Direito moderno, a concepção decorre da escola canonista e do Direito Natural, sendo acordo de vontades com vistas a obrigar as partes para atingir o objetivo comum, tratando de todos os tipos de relações.² Em sua evolução, o direito contratual passa a especificar mais esses tipos como serviços, bens, sucessão etc., além proteger os direitos deles decorrentes pelo Código Civil e por leis especiais.³ Sua criação permitiu a formação de uma rede comercial por todos os territórios.⁴ A evolução permitiu troca de riquezas, além do aprimoramento não apenas do próprio contrato,⁵ mas de outros direitos abarcados por seus princípios, como a boa-fé e a função social.

A autonomia da vontade é o motor central do instrumento, o qual é elaborado antes das partes contratantes se obrigarem, fazendo constar no documento as obrigações e prestações determinadas e específicas devidas durante sua vigência, podendo ser entabulado para duas pessoas ou para duas partes – partes no sentido de pluralidade de sujeitos que a constituem e assinam suas cláusulas após estarem de acordo.⁶ Os requisitos básicos para contratar são: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.⁷ Constitui negócio jurídico e representa convenção ou acordo de vontade nas relações entre os particulares. O regramento aplicado ao instrumento se encontra nos artigos 104 ao 184 do Código Civil.⁸

O documento que o representa contém as cláusulas discutidas pelas partes, em regra. A primeira fase de sua formação é a de negociação acerca do objeto, dos termos, do que se

¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁴ NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge: Cambridge, 1990.

⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁶ PÁDUA, Fabrício Renê Cardoso de. *O Pósmoderno problema metodológico da interpretação dos contratos*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2018.

⁷ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

⁸ MARTELETO, G. A. *Col. passe em concursos públicos - Nível superior: direito civil, volume 1 - Parte geral e especial: obrigações, contratos e responsabilidade civil. 1ª Edição*. Editora Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502211308/>. Acesso em: 25 Aug 2020.

pretende prestar e *contraprestar*. Após, surge a fase da proposta de um contratante a outro. Por fim, com a aceitação, verdadeira manifestação da vontade, constituem o instrumento, resumo dessa vontade das partes – esse consentimento recíproco faz surgir o contrato no mundo jurídico.⁹

Os elementos relacionados à classificação dos contratos são apresentados de forma concisa, contendo explicações suficientes para compreender os elementos comuns a todos os tipos de contratos, como, por exemplo, referente aos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, geralmente utilizado para a concretização desse negócio jurídico, o qual obriga uma parte a transferir a propriedade para outra que deve à primeira transferir quantia em dinheiro, sendo bilateral, oneroso e comutativo.¹⁰ Serão tratadas as outras classificações, como aleatório, gratuito e paritário para fins de distinção entre eles.

Os princípios contratuais regentes do instituto, cujas fontes são as normas e regramentos legais, são aplicados na situação fática, considerando o momento da criação do vínculo entre os participantes.¹¹ São eles a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos, a (teoria da) imprevisão, a função social, a boa-fé objetiva, a relatividade dos seus efeitos, o equilíbrio entre as partes e a conservação dos contratos. Servem para garantir o interesse público na proteção do sistema jurídico,¹² além de fornecerem meios aos magistrados para resolver demandas judiciais.¹³

O trabalho tem por objeto a análise da possibilidade de inversão da cláusula penal nos contratos de adesão de promessa de compra e venda de imóvel e, por tal motivo, serão abordadas as características do instrumento, tais como direitos e deveres e forma de transferência de domínio da coisa ou objeto. A previsão legal se encontra no artigo 108,¹⁴ do

⁹ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 24 Aug 2020.

¹⁰ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹² OSTROWSKI, Antonio E. B., SANTANA, Héctor V. *A inversão das cláusulas contratuais em favor do consumidor nos contratos de adesão*. Artigo. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 7, p. 52446-52461, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/14057/11754>. Acesso em setembro de 2020.

¹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁴ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Código Civil, tornando-o ato solene,¹⁵ em regra. Nesse instrumento, são inseridas as cláusulas que definem todos os aspectos da unidade imobiliária autônoma, a forma de pagamento e de entrega, mesmo se a existência do objeto for potencial,¹⁶ isto é, uma unidade a ser construída. De maneira integrativa, explica-se o contrato de incorporação imobiliária, modalidade mais comum para construção de edifícios, no qual a incorporadora se obriga a promovê-la e a transferir a propriedade ao promissário comprador, situação regida pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1.964 (dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias).¹⁷

O contrato de adesão gera mais questionamentos perante o judiciário, uma vez que não se permite a discussão de seus termos e, por tal motivo, será analisado de maneira mais aprofundada. No estudo dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, relacionando ao tema os dispositivos do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, expõe-se a cláusula penal, considerada controversa no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel. Em geral, tal cláusula é estipulada somente em desfavor do consumidor. A medida desempenha função preventiva, apta a compelir o promissário comprador ao pagamento regular de suas prestações,¹⁸ diferente do pedido de sua inversão no caso de inadimplemento absoluto.

Esse ônus foi considerado desproporcional: a previsão contratual da imposição de multa em relação ao atraso no pagamento das parcelas pelo consumidor não continha contrapartida em relação ao atraso na entrega do imóvel. Em caso de rescisão do contrato pelo atraso na entrega do imóvel, a vendedora retinha determinada porcentagem sobre as parcelas pagas, sob o argumento do custeio de gastos administrativos. Entretanto, se o consumidor recebesse o imóvel tempos após o prazo inicialmente assinalado para entrega, não havia nenhum tipo de compensação por essa espera. O problema é que eventual contrapartida desempenharia outra função, a punitiva.¹⁹

¹⁵ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁶ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

¹⁹ *Ibidem*.

O sistema judiciário, sob a alegação de reequilíbrio contratual, recebeu reiteradas ações com causa de pedir semelhantes relacionadas à inversão da cláusula penal em favor do consumidor no caso de atraso na entrega da unidade imobiliária. Essa situação levou o Poder Judiciário a sobrestar os demais processos enquanto se discutia, em sede de recurso repetitivo representativo de controvérsia, Recurso Especial nº 1.631.485/DF e Recurso Especial nº 1.614.721/DF, a possibilidade ou não da inversão cláusula penal estipulada exclusivamente em desfavor do promissário comprador por ocasião de inadimplemento contratual da promissária vendedora ao atrasar a entrega do imóvel. A tese tramitou sob o Tema 971.²⁰

A questão ensejou a construção deste trabalho para melhor compreender a decisão e a jurisprudência sobre a possibilidade da inversão da cláusula penal nos contratos de adesão. Para tanto, foram analisados os acórdãos paradigma citados anteriormente, em relação aos argumentos apresentados pelo Relator Ministro Luis Felipe Salomão, bem como pelo voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti. O problema foi verificar se a inversão, tal como fixada na tese, seria capaz de reequilibrar as partes e/ou atender aos interesses tanto do consumidor quanto dos socioeconômicos, considerando a interferência direta do Poder Judiciário na essência do conteúdo do instrumento.

Complementou-se a discussão com a análise de 1.117 acórdãos, dos quais 229 são do Superior Tribunal de Justiça e 888 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – o lapso temporal da pesquisa no último compreende o período entre 01.04.2015 e 29.04.2020. A partir disso, todos os princípios e conceitos anteriormente apresentados foram abordados de forma estruturada, demonstrando como a jurisprudência foi construindo essa concepção e quais as outras soluções apontadas pelos magistrados em situações semelhantes.

Os dados obtidos demonstraram a mudança de entendimento do julgador para uma posição mais protecionista ao consumidor, parte mais frágil da relação econômica no caso concreto estudado, visto como algo positivo e indo ao encontro da tendência mundial em interferir nas relações privadas quando há excessiva onerosidade ao hipossuficiente,²¹ reequilibrando o contrato e permitindo sua continuidade de forma justa. Concluiu-se, posteriormente, pela possibilidade de inversão de cláusulas contratuais nos contratos de adesão, mesmo que não fosse essa a melhor solução ou a melhor maneira de resguardar os interesses

²⁰ BRASIL. Repetitivos e IACs. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1614721. Acesso em maio de 2020.

²¹ Confira a Ementa do Recurso Especial nº 1.614.712/DF na íntegra nas referências.

do consumidor. As decisões, em sua maioria, revelaram-se benéficas ao consumidor, na tentativa de reestabelecer o equilíbrio contratual e assim compensar os danos experimentados pelos promissários compradores, aquele supostamente quebrado com a previsão de cláusula estipulada em favor apenas da contratada – vendedora. Juros de mora impostos apenas no caso de atraso de pagamento de parcela do bem deveriam ter sua contrapartida na forma de multa para a vendedora em razão da não entrega do imóvel no prazo determinado na avença – cláusula esta não inserida no conteúdo contratual.

As relações negociais entre consumidores e grandes empresas, resalte-se, como as de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, tipicamente de adesão, são por natureza desequilibradas. Mesmo havendo leis para reduzir a desigualdade, o panorama atual ainda demonstra a insuficiência de todas as iniciativas, ideia corroborada pelo alto índice de demandas judiciais. Para ilustrar, até a data de 08 de setembro de 2020, havia 8.482 processos dessa natureza, sobrestados na justiça estadual e seis em tribunais superiores, conforme o Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios.²²

A edição do tema 971 certamente contribui para a sociedade como um todo, principalmente pela exposição da interpretação dos princípios e regras do direito aplicados aos casos concretos, ou no contexto fático dos contratantes.²³ Por outro lado, e adiantando a conclusão, a medida não foi a mais acertada, contendo falhas estruturais ao atribuir à cláusula penal função dupla, mas de aplicação simples: se a mora decorre do consumidor, aplica-se lhe a multa, para garantir a continuidade do negócio jurídico em relação aos outros promissários compradores; se a mora decorra da construtora, aplica-se lhe a multa, que deve ser calculada de acordo com o caso concreto, considerando o valor médio do aluguel em imóvel similar. Em todo caso, o Poder Judiciário criou uma obrigação não prevista pelas partes, deturpando a função da cláusula penal e, ao mesmo tempo, diminuindo o princípio da autonomia da vontade, porque, em princípio, ambas escolhiam se obrigar aos termos estipulados. A consequência para o consumidor, ainda, é a impossibilidade de se pleitear indenização suplementar, decorrente das

²² BRASIL. *Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em 08 de setembro de 2020.

²³ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

perdas e danos do atraso da obra, a qual pode não ser suprida pela simples inversão da aludida cláusula.

As cláusulas previstas em contrato de adesão deveriam ser interpretadas desde logo para saber declara-las abusivas ou anuláveis justamente para que sua elaboração fosse feita de forma capaz de promover a manutenção da relação isonômica, atendendo ao princípio constitucional de mesmo nome, o que culminaria com maior proteção da ordem econômica e redução das diferenças sociais. A intenção do trabalho é contribuir com o entendimento na mudança de paradigma em relação aos contratos de adesão, a fim de permitir às partes que os entabulem possuam a chamada, e pelos consumidores desejada, paridade de armas.

CAPÍTULO 1. OS CONTRATOS

O agir de uma pessoa, a partir de sua vontade, produz consequências no mundo jurídico, perfazendo ato jurídico.²⁴ O consentimento livre e espontâneo necessário nas relações humanas no âmbito econômico, é instrumentalizado pelo o contrato, fonte de obrigações. Ergue-se sobre dois princípios: a liberdade de contratar e a igualdade formal.²⁵ O primeiro se refere à livre iniciativa econômica – artigo 170,²⁶ da Constituição Federal –, e se manifesta pelas seguintes formas: i) contratar ou deixar de contratar; ii) determinar de forma livre cláusulas contratuais; iii) negociar seu conteúdo bilateralmente; iv) modificar seu regime legal em relação às normas dispositivas ou supletivas; v) escolher outro contratante; vi) celebrar contratos atípicos. Em síntese, é o poder que a parte tem para construir, modificar ou extinguir relações jurídicas, autorregulando seus próprios interesses.²⁷

A liberdade de contratar implica em espontaneidade, não admitindo imposição ou obrigação, tanto para contratar quanto para estabelecer as cláusulas do instrumento. Essas podem ser estipuladas como as partes desejarem, desde que não trate de direito indisponível, objeto ilícito ou outras matérias vedadas por lei – artigo 122,²⁸ do Código Civil –, podendo modificar, inclusive, preceitos não imperativos. A liberdade de contratar e a de celebrar contratos atípicos²⁹ são as melhores representantes do sentido literal da liberdade contratual.³⁰

²⁴ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos, 3ª edição*. São Paulo: Atlas 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481743/>. Acesso em: 18 Mar 2020.

²⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

[...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁸ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

²⁹ Código Civil, artigo 425: É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

³⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

O segundo princípio, igualdade formal, é a aparência conferida a toda relação contratual, meramente formal por se tratar de relação jurídica abstrata. Aqui são desconsideradas as desigualdades sociais, aplicando-se três princípios: i) não há supremacia jurídica de uma parte sobre a outra; ii) a própria vontade não pode ser imposta ao outro – parte final do artigo 122,³¹ do Código Civil; iii) o descumprimento das obrigações acarreta sanções legais, como o ressarcimento de danos,³² execução coativa³³ e resolução, por exemplo.³⁴

A evolução do direito privado, entretanto, por meio de leis imperativas, passou a limitar a liberdade contratual, ao mesmo tempo em que impôs obrigações inalteráveis pela vontade das partes, ampliando-se os conceitos de ordem pública e bons costumes. Destarte, o princípio da força obrigatória dos contratos tem seu efeito mitigado por meio da intervenção judicial, o que desconstrói a concepção original da intangibilidade dos efeitos pretendidos pelas partes – *pacta sunt servanda*.³⁵ A cláusula *rebus sic stantibus* – a execução do contrato deve ser feita de acordo com a situação de fato existente no momento da contratação – se restabelece para permitir a adoção da relatividade dos efeitos contratuais – *res inter alios acta* – os efeitos do contrato não podem afetar direitos de terceiros.³⁶ Esses últimos estão intrinsecamente relacionados com a teoria da imprevisão, com previsão legal nos artigos 317³⁷ e 477,³⁸ do Código Civil. Simplificando, o juiz possui ferramentas legais para readequar ou reequilibrar os efeitos

³¹ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

³² Código Civil, artigo 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.

³³ Código de Processo Civil:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

³⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

³⁵ Os pactos devem ser observados.

³⁶ GOMES, Orlando. Contratos. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

³⁷ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

³⁸ Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

contratuais às novas circunstâncias. Como última medida, incidindo a imprevisão, pode-se exonerar o devedor do cumprimento de sua obrigação. A motivação é proteger os interesses coletivos privados, o que somente poderá ser feito se o grupo todo for alcançado com tais medidas.³⁹

O contrato existe, também, porque não se pode saber com toda certeza se determinada pessoa é ou não confiável. Serve, assim, como instrumento para que a promessa ali pactuada seja efetivamente cumprida, em princípio. Do contrário, sanções legais podem ser impostas, aumentando os custos por descumprimento.⁴⁰ É utilizado nos negócios jurídicos relativos à troca de riquezas, sejam de bens móveis, imóveis ou serviços. Quando da entabulação do instrumento, alguns requisitos devem ser observados, especificamente aqueles estabelecidos em leis, como, por exemplo, no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor.

O instrumento mais descreve uma operação econômica do que trata da própria qualidade jurídica do negócio em si. É o formalizador da operação econômica, materializando-a no mundo jurídico.⁴¹ Com isso, depreende-se somente haver contrato se houver patrimonialidade na vontade entabulada entre as partes. A estrutura formal do direito é determinante para viabilizar investimentos capazes de gerar e transferir a riqueza necessária para desenvolver um setor econômico, uma cidade, um estado ou um país.⁴²

Quanto à origem do instrumento, não existe forma precisa para definir uma data em que foi empregado pela primeira vez, mas é possível estabelecer quando lhe foi conferido o aspecto jurídico. Ainda na época do império Romano, havia o *stipulatio*, posteriormente presente no *common law* do império Britânico. Em ambos, as partes assumiam obrigações recíprocas e poderia haver a cobrança do adimplemento perante os órgãos julgadores.⁴³ A evolução, conforme será demonstrada, reflete o momento político, socioeconômico e cultural.

Sociedades economicamente mais desenvolvidas, mais bem-sucedidas, possuem estruturas legais mais complexas, capazes de definir padrões e determinar, com precisão, pesos e medidas. De igual maneira, sistemas legais mais complexos permitem disputas mais complexas, hierarquias mais complexas, permitindo especificar melhor e mais detalhadamente

³⁹ GOMES, Orlando. Contratos. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁴⁰ COOTER, Robert D.; SCHAFER, Hans-Bernd. *O Nó de Salomão*. CRV, 2017.

⁴¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁴² NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge: Cambridge, 1990.

⁴³ *Ibidem*.

as relações pessoais.⁴⁴ O contrato, portanto, é o instrumento utilizado para formalizar um negócio jurídico cujo objeto exige transferência de caráter patrimonial e deve obedecer às normas e formas estabelecidas em lei, quando assim for exigido, de modo a constituir documento livre de vícios e arbitrariedades. Passa a ser pensado de forma a garantir seus princípios operacionais e sua efetiva concretização.⁴⁵

1.1. Conceito

O contrato é espécie de negócio jurídico – bilateral ou plurilateral –, cuja distinção está em sua formação por serem necessárias ao menos duas partes, perfazendo instrumento jurídico para constituição, transmissão e extinção de direitos na seara econômica. Por sua vez, negócio jurídico é a declaração de vontade, partindo-se do pressuposto da autonomia da vontade, apto à produção de efeitos jurídicos, reconhecida e garantida por lei, desempenhando, pois, função constitutiva. O conceito de contrato deriva dos negócios jurídicos, vez que contém suas características principais. A fonte primária é o Código Civil, no entanto aplicam-se-lhe outras em sua composição, quais sejam usos normativos, imperativos, cláusulas de estilo, normas supletivas, disposições em outras leis e as sentenças judiciais, recebendo tratamento tanto por sua função na escala conceitual no qual se insere, bem como de acordo com a sua finalidade, conteúdo lógico, ético, sociológico e político-social.⁴⁶

O instrumento pode ser utilizado em sentido amplo, ao designar os negócios jurídicos provenientes do concurso de vontades, ou em sentido restrito se o acordo de vontades produzir efeitos obrigacionais na esfera patrimonial ou criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial. Assim, é aplicável a todas as ramificações do Direito, independentemente de sua modalidade ou eficácia. No Direito Civil está presente no Direito das Obrigações, Direito de Família, Direito das Coisas e no Direito das Sucessões. Os principais contratos típicos, descritos no Código Civil, são: compra e venda,⁴⁷ troca ou permuta,⁴⁸ contrato estimatório,⁴⁹ doação,⁵⁰

⁴⁴ NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge: Cambridge, 1990.

⁴⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁴⁷ Artigos 481 a 532.

⁴⁸ Artigo 533.

⁴⁹ Artigos 534 a 537.

⁵⁰ Artigos 538 a 564.

locação,⁵¹ empréstimo – comodato⁵² e mútuo⁵³ –, prestação de serviços,⁵⁴ empreitada,⁵⁵ depósito,⁵⁶ mandato,⁵⁷ comissão,⁵⁸ agência e distribuição,⁵⁹ corretagem,⁶⁰ transporte,⁶¹ seguro,⁶² constituição de renda,⁶³ jogo e aposta,⁶⁴ fiança,⁶⁵ transação,⁶⁶ promessa de venda, representação dramática, contratos bancários e os de incorporação imobiliária.⁶⁷

Partes são os indivíduos participantes da relação contratual, não se confundindo com pessoa, pois uma só pessoa pode representar duas partes, assim como várias pessoas podem compor uma única parte. São, portanto, *centros de interesse*. São as partes que emitem, cada, a declaração de vontade de maneira individual, devendo ser válida e eficaz, e devem convergir para a mesma finalidade de contratar, de estabelecer relação jurídica de natureza patrimonial. Os interesses econômicos são contrapostos, tornando o instrumento uma composição entre sujeitos de direito com plurititularidade.⁶⁸

A concepção do contrato, quanto ao conteúdo, não é pacífica entre os juristas, dividindo-se entre subjetiva ou objetiva. A subjetiva aduz ser o conteúdo composto pelos direitos e obrigações das partes. É fonte de relação jurídica, mas não é o ato propulsor das relações obrigacionais. Já a objetiva defende ser o conteúdo composto por preceitos, cujas cláusulas são substancialmente normativas e capazes de vincular a conduta das partes. Trata-se de regulamento elaborado de comum acordo, sendo fonte de normas jurídicas em conjunto com a lei e a sentença.⁶⁹

O conceito tradicional de contrato, segundo Friedrich Carl von Savigny, no entanto, é o acordo de vontades com o fito de constituir relação jurídica de caráter patrimonial com eficácia

⁵¹ Artigos 565 a 578.

⁵² Artigos 579 a 585.

⁵³ Artigos 586 a 592.

⁵⁴ Artigos 593 a 609.

⁵⁵ Artigos 610 a 626.

⁵⁶ Artigos 627 a 652.

⁵⁷ Artigos 653 a 692.

⁵⁸ Artigos 693 a 709.

⁵⁹ Artigos 710 a 721.

⁶⁰ Artigos 722 a 729.

⁶¹ Artigos 730 a 756.

⁶² Artigos 757 a 802.

⁶³ Artigos 803 a 813.

⁶⁴ Artigos 814 a 817.

⁶⁵ Artigos 818 a 839.

⁶⁶ Artigos 840 a 850.

⁶⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

obrigacional, vinculando-as por força do ordenamento jurídico – conteúdo e eficácia. Distingue-se da lei por ser fonte de obrigações e de direitos subjetivos, ao passo que a lei é fonte de direito objetivo. Assim, a formação é ato de criação, enquanto o conjunto de obrigações e direitos determina a conduta das partes como preferirem estabelece-lo. O contrato somente pode criar relações jurídicas e direitos subjetivos, nunca direitos objetivos, ainda que suas regras sejam destinadas a eventos futuros, como o é nos contratos de adesão: o modo de formulação e a forma abstrata criam, a partir de suas cláusulas, relação jurídica entre a estipulante e seus aderentes para se subordinarem, no futuro, aos fatos previstos nas condições e nos seus efeitos.⁷⁰

Para Hans Kelsen, a capacidade em estabelecer nova realidade jurídica para as partes, resulta na função criadora de direito: ao aplicar o direito abstrato, regulador do contrato, criam-se normas individuais com obrigações e direitos concretos inexistentes anteriormente. Isto é, o conteúdo do contrato especifica como a conduta dos contratantes deve ser, destinando-se a apenas eles, em detrimento da lei, aplicável e direcionada a um número indeterminado de indivíduos e/ou inúmeras situações. Por sua vez, a consequência imposta pelo ordenamento jurídico é concreta, resultado da norma criada de forma individual.⁷¹

Esse posicionamento se coaduna, em parte, à teoria preceptiva, onde a norma criada seria norma jurídica. É criticada por atribuir à norma aspecto objetivo, mas é resultado do produto de um comportamento subjetivo, descartando-se, portanto, a função dispositiva contratual. Normas jurídicas, enquanto regra geral e abstrata, não podem ser consideradas cláusulas contratuais, pois sua aplicação é dirigida apenas aos contratantes. Além disso, as normas são autônomas e não estão subordinadas à lei vigente no momento de sua criação pelo contrato. Do contrário, a interpretação seria deturpada se a lei vigente fosse revogada, alterando substancialmente as disposições contratuais.⁷² Ilustrando-se a situação, conforme se aborda no Capítulo 3, a Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, de incorporação imobiliária, sobreveio durante o julgamento da fixação da tese do Tema 971,⁷³ ensejando o debate se seria aplicada aos julgamentos sobrestados e/ou se haveria modulação de seus efeitos, o qual definiria, então, se a multa (cláusula penal) prevista em contrato destinada unicamente ao inadimplemento do

⁷⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibid*.

⁷³ No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

consumidor poderia ser aplicada de forma inversa, ou seja, em desfavor da construtora. A Lei citada prevê, no artigo 43-A, § 1º,⁷⁴ que se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo acordado, incluída a tolerância de 180 dias, a promissária vendedora deverá devolver todos os valores desembolsados pelo promissário comprador, bem como pagar a multa estabelecida. Isso justificaria a manutenção da relação contratual de acordo com as normas vigentes ao tempo da assinatura do instrumento. Do contrário, haveria insegurança jurídica no âmbito do Direito Privado.

A tendência verificada em intensificar os esforços para defender e reforçar a autonomia privada deixa a teoria preceptiva cada vez mais distante, sem atribuir ao contrato caráter normativo. O instrumento jurídico se estabelece a partir dos princípios a ele inerentes, como a boa-fé e a condenação pelo abuso do uso de direito. Para o momento atual de economia globalizada, a ideia de afastar o caráter normativo serve diretamente ao capitalismo liberal, podendo-se constatar de maneira clara no contrato de adesão, cujo objetivo é torna-lo autônomo, logo, desconectado das partes que o adotaram.⁷⁵

1.1.1. Evolução Histórica e Ideológica

O conceito atual do instituto contratos é resultado da congruência de correntes doutrinárias, cujas principais são a escola canonista e a do Direito Natural. Os canonistas contribuíram com o consenso e com a fé jurada. O primeiro está diretamente relacionado com a autonomia privada e o consensualismo, sendo fontes da obrigação. O consenso gera a obrigação porque é um ato de vontade para contratar e cumprir as obrigações determinadas nas cláusulas do instrumento, conferindo maior respeito à palavra das partes, sem afastar, no entanto, a aplicação das regras jurídicas para assegurar a *pacta sunt servanda* – ou a força obrigatória dos contratos.⁷⁶

⁷⁴ Art. 43-A. A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador.

§ 1º Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido no caput deste artigo, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A desta Lei.

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁷⁶ *Ibidem*.

Racionalista e individualista, a Escola do Direito Natural defendia o fundamento racional do nascimento das obrigações a partir da livre vontade dos contratantes – sendo expresso ou tácito. Para ela o consentimento era suficiente para obriga-los a cumprirem suas avenças, partindo-se da premissa do dever de veracidade, pilar fundamental no Direito Natural. Ainda, proveniente do Código de Napoleão, a função do acordo de vontades era fonte de vínculo jurídico, gerando aceitação da força de lei entre as partes conferida ao contrato.⁷⁷

O contrato era um vínculo jurídico especial consistente em obrigação a ser criada por atos solenes no Direito Romano. O instituto sofreu alterações para chegar à forma pela qual é conhecido hoje: um acordo de vontades gerador de obrigações e ações – ou que a declaração da vontade das partes era a origem das obrigações, na fase pós-clássica. De toda sorte, os pensamentos apresentados, dominantes à sua época, definiram o contrato como consenso e a vontade como fonte dos efeitos jurídicos, no âmbito econômico, político e social. O jusnaturalismo resta mais patente ao superestimar a função do indivíduo nos contratos, consequência da idealização do contexto individualista nessa corrente de pensamento.⁷⁸

O liberalismo econômico apresentava a ideia fundamental de igualdade perante a lei, motivo pelo qual o tratamento conferido às partes deveria ser isonômico, igualitário. No entanto, foram empregadas certas condições ao livre funcionamento dos mercados de capitais e trabalho, com o objetivo de favorecer a dominação de uma classe em determinado setor da economia, tornando o contrato *instrumento jurídico por excelência da vida econômica*. Isso porque o desenvolvimento das forças produtivas, componente do processo econômico, demandava por relações de troca generalistas, onde o negócio jurídico seria o gênero e o contrato a principal espécie.⁷⁹

O instituto contratual, nesse sentido, torna-se uma categoria apta a todos os tipos de relações entre os sujeitos de direito e a qualquer pessoa com o desejo de contratar, sem levar em consideração a posição ou condição social. Em outras palavras, não importava a classe social, se eram ricos ou pobres e nem os usos e os costumes, apenas o parâmetro da troca em si, a equivalência das mercadorias, sequer se distinguindo o objeto entre bem de consumo ou essencial, meio de produção etc. A venda de uma revista ou apartamento eram tratados de igual maneira. A evolução do Direito aponta em sentido contrário aos argumentos acima, mas ainda

⁷⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibid*.

assim esse modelo é utilizado em compêndios de Direito Civil sobre o Código Civil, sem considerar, no entanto, que a legislação especial o contesta e intenta contradizê-lo.⁸⁰

O Direito contemporâneo modificou, sobremaneira, a noção do instituto. A ideia de igualdade formal para atribuir equilíbrio entre os contratantes não subsiste na realidade. O desequilíbrio fica claro especialmente no contrato de adesão, ao tratar as partes de forma diferente em consideração à desigualdade entre estipulante e aderente. Outrossim, o Estado passou a interferir com mais afinco na vida econômica, limitando a liberdade de contratar e reduzindo, de certa forma, a autonomia privada, mais facilmente percebido pelas proibições legais sobre a livre determinação de conteúdo da relação contratual, demandando novas técnicas de contratação de forma mais simplificada desde sua formação, tal como ocorre nos contratos de adesão, cada vez mais despersonalizados – ou dirigidos a número indeterminado de pessoas. Isso refletiu diretamente no regime legal e na interpretação do contrato.⁸¹

O crescente desequilíbrio contratual motivou o Poder Legislativo a editar leis com a finalidade de, juridicamente, compensar e reduzir essa situação desigual das relações.⁸² Contratos específicos receberam normas em relação ao conteúdo, como a inserção de disposições legais ou regulamentares de modo a proibir a inserção de cláusulas potencialmente abusivas, bem como a exigência de prévia autorização. A motivação estatal decorre de três fatores, cujo objetivo era transformar a teoria geral do contrato: o princípio da igualdade formal, perdida durante a evolução do contrato; alteração da técnica de vinculação estabelecida na relação jurídica; e a interferência do Estado na vida econômica. Outro fator que contribuiu para o cenário descrito foi a necessidade de se despersonalizar os contraentes, por força da massificação de certos contratos. A uniformização de cláusulas ou condições, por meio dessa política interventiva estatal, atingiu diretamente o instituto na sua liberdade de contratar, a qual está intrinsecamente relacionada à autonomia da vontade na *sua tríplice expressão de liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.⁸³

Os desiguais, portanto, são tratados de forma desigual, como nos contratos de adesão ou nos contratos de trabalho e ocorre em três situações: i) promulgação de leis visando a proteção

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Tais como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018.

⁸³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

individual daqueles econômica ou socialmente mais fracos, conferindo superioridade jurídica; ii) legislação de apoio a grupos organizados – como os sindicatos – para *enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte*; iii) dentro do dirigismo contratual, leis impõem ou proíbem certos conteúdos em contratos específicos ou requerem a autorização para conclusão pelo Poder Público.⁸⁴

A relação contratual passa a se desconectar do acordo de vontades para justificar os vários critérios aptos a interpretar o instrumento, bem como para repartir os riscos, refletindo a preocupação do Poder Legislativo em relação à rigidez do contrato. Sob os moldes da teoria clássica contratual, o acordo de vontades recebe maior atenção, especialmente sobre a declaração de vontade e dos vícios capazes de anular tal relação, além da proteção proveniente de lei dada aos menores ou enfermos sem condições de emití-la livre e conscientemente. Em relação aos moldes atuais, a preocupação é sobre os contratos em série, como os de adesão, onde normas legais proíbem cláusulas iníquas, protegendo-se os aderentes – consumidores – vez não se aplicarem integralmente as regras sobre a declaração da vontade e os vícios de consentimento.⁸⁵

Dentro desse novo contexto de intervenção estatal na economia, tanto a função quanto o significado sofrem profundas modificações. Primeiro, o instrumento deixa de ser a simples expressão da autonomia privada. Segundo, recebe estrutura de conteúdo complexo e mista, por força das disposições voluntárias e compulsórias, refletindo as diferenças sociais entre os contratantes – estipulantes e consumidores ou empregados. O negócio jurídico, cuja principal espécie era o contrato, refletia o significado e a função correspondente aos pressupostos culturais da época dos jusnaturalistas – final do século XVIII – e, posteriormente, os pandectistas. Com a elevação do instrumento ao principal meio para exercer relações na vida econômica, significava a liberdade do indivíduo para autodeterminar as formas e os modos de seus negócios jurídicos, representando fonte exclusiva das relações patrimoniais onde havia essa autonomia privada. Nesse sentido, justificava-se a redução a um simples acordo de vontades, bem como o tratamento doutrinário restrito aos pressupostos e requisitos do *modo*

⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁸⁵ *Ibidem*.

*por que se forma e se dissolve, de sua classificação, de sua nulidade e de seus tradicionais esquemas típicos.*⁸⁶

A evolução das relações contratuais, como bem registrado, modifica intensamente esse modelo conceitual. Além de inovações técnicas e novos princípios jurídicos os quais permitem o controle estatal da economia, a autonomia privada, como era entendida e concebida, desconecta-se do conceito de contrato para incidir a vontade das partes e outras fontes integrativas de seu conteúdo. Em outras palavras, em relações jurídicas estabelecidas com partes de diferentes camadas sociais, consideram-se a dimensão dos conflitos sociais existentes, resultando em uma estrutura aberta onde o componente central não é somente o acordo de vontades, mas as prescrições das leis imperativas e dispositivas e a equidade; a legislação avulsa recebe mais força que o próprio Código Civil. O contrato de adesão é um dos exemplos do porquê o entendimento clássico não mais pode subsistir integralmente, pois os limites tradicionais da autonomia privada, ordem pública e bons costumes, são restringidos também no seu exercício de acordo com a *tipicidade dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio típico*, nos quais incidem, ainda, os princípios da boa-fé e da função social do contrato.⁸⁷

1.1.2. O Documento

O contrato é constituído por disposições (cláusulas), a partir dos interesses das partes, observando as regras normativas. O Código Civil prevê forma livre, conforme artigo 107,⁸⁸ podendo, inclusive, estipular outros tipos contratuais não determinados em lei – contratos atípicos, artigo 425,⁸⁹ do Código Civil. A interpretação resta facilitada por esses motivos, especialmente em havendo formulários-padrão, com o condão de uniformizar a linguagem na redação dos contratos. Entretanto, o emprego de expressões usuais ao instrumento é aconselhável para conferir maior segurança à intenção dos contratantes, com o fito de proporcionar ou facilitar a análise objetiva de seus termos.⁹⁰

⁸⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁸⁹ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

A essência material é composta, principalmente, pelo preâmbulo e pelo contexto. O preâmbulo contém a qualificação das partes, o objeto do contrato e, em regra, elenca as razões determinantes de sua relação ou o objetivo dos contratantes. Não possui grande relevância, servindo o conteúdo para integrar o contrato em si, com valor no momento da interpretação, dependendo do caso. Por sua vez, o contexto, refere-se às cláusulas registradas de maneira ordenada. Na modalidade particular, são datilografadas ou escritas de próprio punho. Naquelas por instrumento público, o tabelião reduz a termo em livro próprio o que as partes verbalizam ou anexa a cópia do documento digitado. Não existe limitação para a quantidade de cláusulas em um contrato nem ordem a seguir em sua disposição, mas recomenda-se não incluir cláusulas ociosas ou inúteis, restritas à mera reprodução de trechos normativos. A ordem deve ser lógica quanto às proposições firmadas, com a adoção de termos técnicos e escrita clara, legível.⁹¹

Existem, basicamente, três espécies de cláusulas: essenciais, naturais e acidentais. Sem as essenciais o contrato não existiria, como, por exemplo, a que estabelece o preço do imóvel no contrato de promessa de compra e venda de imóvel. As naturais ditam as obrigações oriundas da lei, sem, no entanto, serem compulsórias. As acidentais ou acessórias, servem para conferir eficácia ao contrato a evento futuro, definindo data certa para limitá-la no tempo. No caso dos contratos realizados por escritura pública ou por documento particular impresso, encontram-se as cláusulas de estilo, proposições invariáveis, cuja validade depende de expressa menção ou de confirmação.⁹²

São incorporadas ao contrato, igualmente, cláusulas previstas em lei se não houver ressalva pelas partes, bem como as automáticas, capazes de substituir todas as outras que lhe sejam contrárias, também decorrente de lei – no caso, preceito imperativo. Os usos contratuais – práticas comuns aos contratantes – somente produzem eficácia no instrumento se a aceitação for expressa ou tácita, isto é, não haverá eficácia se não houver acordo quanto à aceitação. Por sua vez, os documentos complementares, à parte do instrumento contratual, têm força integrativa ao conteúdo, como, por exemplo, no contrato de promessa de compra e venda de imóvel, no qual todas as especificações do bem estão minuciosamente descritas, anexas ao (contrato) principal. Entretanto, somente implicam em integração se o contrato mencionar tal documento ou se houver autenticação pelos contratantes. Finalmente, a validade do instrumento requer a assinatura das partes, local, data e a subscrição por duas testemunhas. Para que seus

⁹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020..

⁹² *Ibidem*.

efeitos sejam oponíveis a terceiros, é necessária a transcrição no registro público de títulos e documentos. Na modalidade verbal e nos escritos sem o estilo apresentado acima, *as disposições são englobadas como condições contratuais*.⁹³

1.1.3. Formação

A formação do contrato se dá pelo acordo de vontades, dentro dos parâmetros previamente expostos, tornando-se perfeito e acabado no momento do nascimento do vínculo entre as partes. Essa declaração de vontade deve ser coincidente entre os contratantes, denominando-se proponente ou policitante o estipulante e aceitante ou oblato o aderente. O vínculo nasce quando a proposta e a aceitação se encontram, onde a proposta é a declaração inicial do estipulante e a aceitação é a adesão da contraparte.⁹⁴

O lugar da formação do contrato importa do ponto de vista jurídico. A depender da situação negocial estabelecida, será definido também o foro competente para dirimir possíveis conflitos oriundos da relação.⁹⁵ O artigo 6º, inciso VIII,⁹⁶ bem como artigo 101, inciso I,⁹⁷ do Código de Defesa do Consumidor, preveem, respectivamente, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, sendo competente o foro de domicílio do autor (consumidor). Significa dizer que, mesmo estando presente cláusula que fixe a competência em outra localidade, ela pode ser considerada não escrita, no sentido de permitir ao consumidor o ajuizamento da ação pertinente em seu domicílio. A regra vai ao encontro do artigo 170, inciso V,⁹⁸ da Constituição Federal, o qual prevê a defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica.

⁹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibid*.

⁹⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

⁹⁷ Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

⁹⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

1.1.4. Efeitos

O efeito principal, como bem delineado, é a criação de vínculo jurídico entre os contratantes, constituindo fonte de obrigações para eles no sentido de que as cláusulas contratuais devem ser cumpridas nos exatos termos descritos no instrumento. A força vinculante apresenta duas consequências. A primeira é a irretratabilidade, na qual o contrato somente pode ser desfeito por acordo de vontades – distrato – ou nos casos especificados em lei. A segunda é a proibição de alteração de suas cláusulas unilateralmente pela vontade da parte. Todas as modificações, caso existam, carecem do consentimento das partes para ter efetividade e serem aplicáveis ao negócio – situação na qual também incidem exceções legais.⁹⁹

O princípio da relatividade dos efeitos contratuais quanto às pessoas significa que a força obrigatória incide apenas em relação às partes do negócio jurídico, isto é, a terceiros alheios ao contrato somente cabe o reconhecimento dos seus efeitos, não podendo invocar ou opor as obrigações estipuladas, vez que não os beneficiam ou os prejudicam. Não sendo de caráter personalíssimo, as obrigações se transmitem ativa e passivamente aos sucessores.¹⁰⁰

A eficácia do instrumento jurídico pode também estar relacionada ao objeto nas obrigações de dar, fazer ou de não fazer. Nesse caso, os efeitos são eminentemente obrigacionais. Os efeitos também se apresentam em três modalidades: i) essenciais – consequente e decorrente ao estipulado em contrato; ii) naturais – advindos de lei supletiva ou cláusula de estilo; iii) irregulares – modificação da qualidade da prestação.¹⁰¹

1.2. Classificação

Em primeiro lugar, destaca-se que o presente trabalho trata mais especificamente do princípio da isonomia entre as partes e a possibilidade da inversão das cláusulas estipuladas nos contratos por adesão na promessa de compra e venda de imóvel. Entretanto, para uma melhor compreensão do tema, faz-se necessário abordar outros tipos de contrato, em especial o unilateral, bilateral ou sinalagmático, aleatório, comutativo, oneroso, gratuito e paritário. O contrato de adesão é estudado de maneira mais detalhada no Capítulo 2.

⁹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibid*.

De um modo geral, os tipos contratuais estão previstos no Título VI, do Código Civil, *Das Várias Espécies de Contrato*, prevendo objeto, forma e estrutura, dentre outras particularidades que cada instrumento deverá observar. Previstos a partir do artigo 481 até o artigo 853, estão divididos em 20 capítulos, quais sejam: compra e venda, troca ou permuta, contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo, prestação de serviço, empreitada, depósito, mandato (ou procuração), comissão (corretagem, por exemplo), transporte, seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso.

O Código Civil, nos artigos 423¹⁰² e 424,¹⁰³ determina apenas duas regras básicas em relação ao instrumento: que a interpretação será mais favorável ao aderente se as cláusulas forem ambíguas ou contraditórias e serão nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada a direito por parte do contratante ao resultado da natureza do negócio firmado. O Código de Defesa do Consumidor, de maneira complementar, aponta, na Seção II, quais são as cláusulas consideradas abusivas no âmbito do Direito do Consumidor. Já a Seção III, trata do próprio contrato de adesão. O artigo 54,¹⁰⁴ aduz que suas cláusulas devem possuir prévia aprovação por autoridade competente ou sejam unilateralmente estipuladas pelo fornecedor, sem a possibilidade de discussão com o consumidor. Da interpretação sistemática do dispositivo supracitado, juntamente com o artigo 51, inciso I, não pode haver nenhuma cláusula capaz de impossibilitar, exonerar ou atenuar *a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços* ou que *impliquem renúncia ou disposição de direitos*. Outras determinações são feitas nos incisos seguintes, protegendo-se a relação consumerista.¹⁰⁵

Cada tipo de negócio é instrumentalizado de forma específica. Ainda que se deva respeitar a lei, tal requisito não retira a liberalidade contratual das partes, justamente porque a vontade é respeitada, podendo-se, ou não, contratar com quem quer que seja interessante do ponto de vista patrimonial. A forma do instrumento, como visto anteriormente, é livre, desde que possua objeto lícito, determinado ou determinável e seja juridicamente possível.¹⁰⁶

¹⁰² Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁰³ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹⁰⁴ Art. 54. 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.

¹⁰⁵ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

¹⁰⁶ Código Civil, artigo 104: A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

1.2.1. Unilateral, Bilateral ou Sinalagmático

O contrato necessita da manifestação da vontade das partes, como já bem definido. A manifestação pode ser de uma, duas ou mais de duas partes, perfazendo os negócios jurídicos unilaterais, bilaterais e plurilaterais. Salienta-se a diferença entre *partes* e *pessoas*, pois parte pode representar uma ou mais pessoas.¹⁰⁷ O negócio jurídico guarda relação com a formação e com os efeitos gerados pelo instrumento.¹⁰⁸

Qualifica-se como unilateral e bilateral, onde o unilateral advém da declaração da vontade de uma só pessoa e o bilateral do concurso de vontades das partes. Entretanto, deve-se diferenciá-lo em relação à formação e aos efeitos produzidos por ele. Relacionado à formação, todo contrato perfaz negócio jurídico bilateral, pois incide o concurso de vontades, isto é, as declarações são coincidentes. Por outro lado, os efeitos desse negócio jurídico, podem ser diferenciados entre unilateral e bilateral.¹⁰⁹

O unilateral é exclusivamente a declaração de vontade de uma parte,¹¹⁰ a qual assume apenas direitos e a outra somente obrigações,¹¹¹ – ressalta-se recair a obrigação a apenas uma das partes, portanto, contrato unilateral em relação aos efeitos.¹¹² Como exemplo, cita-se o contrato de comodato: ao emprestar o imóvel de forma gratuita, o proprietário assume a obrigação em ceder o bem para o comodatário, que usufrui do bem enquanto durar o tempo previsto em cláusula específica,¹¹³ sendo responsável pelos encargos advindos do imóvel.

O bilateral implica nas obrigações estabelecidas para os dois lados contratantes, com declarações de vontades congruentes. Nesse ponto, deve-se diferenciar a bilateralidade da obrigação contratual e a bilateralidade do consentimento. A primeira, está ligada aos efeitos do contrato, nos quais as obrigações são estabelecidas para ambas as partes. A segunda, é a coincidência da manifestação da vontade, o consentimento dado ao negócio bilateral. Portanto, contrato pode ser unilateral ou bilateral a depender da formação ou dos efeitos, mas sempre

III - forma prescrita ou não defesa em lei

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: contratos. 7. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: contratos. 7. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

¹¹¹ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 3: contratos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹¹² GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

¹¹³ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 3: contratos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

serão negócios bilaterais. Resumindo, todo contrato em sua forma é negócio jurídico bilateral e quanto aos efeitos, distinguem-se em bilateral ou unilateral.¹¹⁴

Contratos unilaterais, na formação, geram obrigação a apenas uma parte, enquanto a outra não resta obrigada. Os efeitos são *passivos de um de um lado, e somente ativos de outro*. Aqui uma parte é a credora e a outra devedora, uma tem direitos e a outra obrigações, tornando a relação jurídica *simples*. Nos contratos bilaterais as partes assumem, ao mesmo tempo, a posição de credor e devedor, cabendo direitos e obrigações à ambas. É relação jurídica complexa, pois as partes contraentes são ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo.¹¹⁵

Pode-se também haver o contrato bilateral imperfeito. Nesse tipo, a partir do contrato unilateral, onde não há dependência entre as obrigações estabelecidas posto que apenas uma das partes se obriga de acordo com os termos convencionados, ao outro contratante detentor somente de direitos, durante a execução do instrumento, existe a possibilidade de nascer uma obrigação, proveniente de fato posterior à formação de maneira *acidental* no momento de sua conclusão. O contrato bilateral imperfeito continua sendo unilateral, motivo pelo qual está sob a égide dos contratos unilaterais.¹¹⁶

A diferenciação entre eles é relevante do ponto de vista legal, vez que a lei os trata de forma diversa em decorrência das particularidades quanto à estrutura e à dinâmica de cada um. As regras relacionadas aos contratos bilaterais não são aplicáveis aos contratos unilaterais, assim como algumas características do direito das obrigações são intrínsecas aos bilaterais. As principais diferenças às modalidades apresentadas se dão quanto à exceção de contrato não cumprido, condição resolutiva tácita e aos riscos.¹¹⁷

O artigo 476,¹¹⁸ do Código Civil, prevê que nenhum dos contraentes pode exigir o cumprimento da obrigação pela outra parte sem antes cumprir sua própria. A obrigação recíproca dos contratos bilaterais – em decorrência de seus efeitos – impõe o cumprimento integral da avença antes de ser possível exigir o cumprimento da obrigação pela outra parte. Entretanto, pode-se suspender seu cumprimento se ocorrer a exceção de inexecução, qual seja a exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus*. Essa exceção é

¹¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibid*.

¹¹⁷ *Ibid*.

¹¹⁸ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

peculiar dos contratos bilaterais, e não pode ser invocada nos contratos unilaterais – onde não há obrigações recíprocas.¹¹⁹

A condição resolutiva, prevista no Código Civil, artigos 127¹²⁰ e 128,¹²¹ aplicável somente aos contratos bilaterais, é pressuposto a esse tipo contratual. Sendo a obrigação não cumprida por qualquer dos contratantes, a resolução do contrato se torna impositiva. Isso se dá porque as obrigações de cada parte devem ser realizadas na forma e na circunstância estabelecidas no instrumento, posto que a obrigação de um é o motivo da obrigação do outro.¹²² A resolução decorrente dessa situação enseja indenização por perdas e danos, consoante artigo 475,¹²³ do Código Civil. Essa regra não se aplica ao contrato unilateral.

O risco, por sua vez, refere-se à hipótese de inadimplemento por força maior, aplicando-se regras diferenciadas aos contratos unilaterais e bilaterais, partindo-se do pressuposto a qual parte recairá o risco e, portanto, o prejuízo. No caso dos unilaterais, incide o princípio *a coisa perece para o credor – res perit creditori* – porque a obrigação cabe somente a uma das partes. O credor – parte sem obrigações contratuais – sofrerá prejuízo, não estando o devedor obrigado a substituir a coisa ou a indenizar em valor equivalente, em regra. Nos bilaterais, normalmente se aplica o princípio *a coisa perece para o devedor – res perit debitori* – sendo necessário analisar como fica a contraprestação no caso da impossibilidade de adimplemento, se o devedor permanece obrigado ou se fica exonerado.¹²⁴

Contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas são os mais comuns, onde ambas as partes têm direitos e se obrigam em uma contraprestação. A título de exemplo, em um contrato de compra e venda, o vendedor se obriga a entregar o bem, enquanto o adquirente se obriga a efetuar o pagamento. A reciprocidade nas prestações é elemento intrínseco desse tipo

¹¹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

¹²⁰ Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

¹²¹ Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

¹²² GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

¹²³ 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.

¹²⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

de contrato, existindo a *correspectividade e a reciprocidade entre elas*,¹²⁵ isto é, tais obrigações consideradas principais e correlativas se apresentam como causa das outras.¹²⁶ Sem a prestação de uma não há porque haver a contraprestação da outra, daí porque são comumente denominados bilaterais.

No contrato de compra e venda, por exemplo, há duas obrigações concomitantes: i) entrega da coisa e ii) recebimento do valor monetário, verdadeira equivalência na obrigação dos contratantes.¹²⁷ O termo sinalagmático é utilizado de forma doutrinária. Nos contratos plurilaterais, a formação e a composição da relação jurídica parte do consentimento dos contratantes. O contrato sinalagmático chamado de bilateral restringe-se apenas aos efeitos do instrumento –¹²⁸ bilateralidade das obrigações.

Em outras palavras, o contrato sinalagmático bilateral é aquele que obriga ambas as partes aos efeitos dos termos avençados. No contrato plurilateral, a formação dos termos e cláusulas, bem como a composição da relação jurídica parte da aceitação expressa de cada um dos contratantes. Por fim, o contrato plurilateral, configurado por haver mais de duas partes, resulta na prestação exigida por cada um dos contratantes em face dos contraentes. Por exemplo, o contrato de sociedade no qual todas as partes se obrigam a prestar e a *contraprestar*.¹²⁹

1.2.2. Aleatório

Contratos aleatórios também são conhecidos como contratos de sorte (álea), onde há a incerteza sobre coisas e fatos – os quais podem ser futuros ou pretéritos. São considerados de risco e estão positivados nos artigos 458 a 461, do Código Civil.¹³⁰ Também estão previstos no Código Civil os contratos de seguro,¹³¹ seguro de dano,¹³² seguro de pessoa,¹³³ constituição de

¹²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: contratos. 7. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

¹²⁶ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 3: contratos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: contratos. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

¹²⁸ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 3: contratos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

¹³⁰ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 3: contratos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹³¹ Artigos 757 a 777, do Código Civil.

¹³² Artigos 778 a 788, do Código Civil.

¹³³ Artigos 789 a 802, do Código Civil.

renda¹³⁴ e de jogo e aposta.¹³⁵ O próprio contrato de compra e venda (comutativo), diga-se, pode se tornar um contrato aleatório, se assim as partes o quiserem, ao estipular a aquisição de uma colheita futura,¹³⁶ tornando o objeto incerto em relação a sua quantidade ou existência.¹³⁷

A incerteza do instrumento em relação aos resultados patrimoniais do contrato decorre da falta de equilíbrio entre as prestações assumidas pelas partes, *o risco e a sorte fazem parte de sua essência*.¹³⁸ Assume-se a possibilidade de fazer uma prestação sem equivalência na contraprestação,¹³⁹ há incerteza acerca de eventuais vantagens e sacrifícios provenientes do contrato.¹⁴⁰ No contrato de seguro de veículos, por exemplo, o segurado paga as parcelas do prêmio para proteger seu bem. Pode ser que, mesmo após alguns anos, o seguro nunca tenha sido acionado, por não ter ocorrido nenhum sinistro dentro daquele período. Nesse caso, houve acréscimo patrimonial à seguradora. Por outro lado, havendo um sinistro logo no primeiro mês da contratação e o resultado seja perda total do automóvel, a seguradora deverá restituir o valor integral do veículo e, por conseguinte, experimentará prejuízo.

1.2.3. Comutativo

Em decorrência da equivalência das prestações assumidas pelas partes, esse tipo de contrato sempre é sinalagmático, cujos termos da avença são discutidos durante a formação do instrumento. Como exemplos, citam-se os contratos de compra e venda e de locação. Existe a certeza quanto ao valor da prestação e do objeto a ser entregue.¹⁴¹ Vê-se, pois, que as prestações são determináveis logo na formação do contrato, mantendo previsíveis os resultados econômicos e a equivalência das prestações¹⁴² e podendo-se identificá-las de imediato.¹⁴³ Não

¹³⁴ Artigos 803 a 813, do Código Civil.

¹³⁵ Artigos 814 a 817, do Código Civil.

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹³⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

¹³⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁴¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

incide, portanto, a incerteza sobre os resultados, não há a questão da sorte e de eventuais perdas financeiras a uma só das partes.¹⁴⁴

1.2.4. Oneroso

A onerosidade no âmbito dos contratos considera a vantagem ou o objeto estipulado pelos contratantes, incidindo ônus sobre ambos, isto é, cada parte resta obrigada a uma contraprestação, tal como no contrato de compra e venda.¹⁴⁵ A distinção entre onerosos e gratuitos se dá em relação ao patrimônio, onde uma parte recebe vantagem em dinheiro e a outra suporta uma diminuição patrimonial. Em outras palavras, há vantagens e sacrifícios estipulados no instrumento para ambos.¹⁴⁶

Isso não significa dizer que as partes estão em nível de igualdade, uma vez que existe a possibilidade de incidir maior vantagem ou sacrifício a apenas uma delas. A responsabilidade, no entanto, divide-se entre os contratantes.¹⁴⁷ No contrato de compra e venda, a vantagem do vendedor é o recebimento de determinada quantia em dinheiro, cujo sacrifício é a entrega da coisa e vice-versa. Tanto o comprador quanto o vendedor almejam um benefício, um proveito, com um sacrifício correspondente em favor do outro.¹⁴⁸

Contratos onerosos, em regra, são bilaterais, com exceção do mútuo feneratício,¹⁴⁹ unilateral em sua essência.¹⁵⁰ Ao emprestar determinada quantia em dinheiro, os efeitos contratuais se iniciam, gerando obrigação apenas ao mutuário – pagamento de juros.¹⁵¹ Por fim, destaca-se que os contratos onerosos podem constituir contratos aleatórios ou comutativos,¹⁵² a depender de seus termos, como visto nos itens 1.2.2. e 1.2.3., respectivamente.

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

¹⁴⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

¹⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁴⁹ Artigos 586 a 592, do Código Civil

¹⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

¹⁵² NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

1.2.5. Gratuito

Contratos gratuitos ou contratos benéficos impõem que toda a responsabilidade recaia sobre um dos contratantes, enquanto o outro recebe os benefícios da avença: o decréscimo patrimonial de uma parte é em benefício da outra, a qual se enriquece.¹⁵³ Em linhas gerais, são personalíssimos – *intuitu personae* – porque beneficiam uma pessoa descrita nos seus termos.¹⁵⁴ Uma parte se obriga enquanto a outra somente pode aceitar ou não.¹⁵⁵ Como exemplos, citam-se a doação sem encargo, o comodato, o mútuo sem pagamento de juros, o depósito e o mandato gratuito.¹⁵⁶

A lei determinou como regra que a interpretação desse tipo de avença deve ser de modo restritivo – artigo 114,¹⁵⁷ do Código Civil – para evitar a expansão da interpretação nas cláusulas do instrumento que beneficiam uma parte.¹⁵⁸ A interpretação restritiva também ocorre no contrato de fiança, artigo 819,¹⁵⁹ do Código Civil, a fim de não ampliar a obrigação do devedor.¹⁶⁰

1.2.6. Paritário

Contratos paritários recebem essa classificação em virtude da sua formação, onde os termos são discutidos e acordados como as partes bem entenderem, partindo-se do pressuposto inicial de estarem em condições de igualdade.¹⁶¹ Nesse tipo, a autonomia da vontade é irrestrita, devendo o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável,¹⁶² requisitos da validade do negócio jurídico. É considerada raridade essa forma de contratação no Direito moderno.¹⁶³ Diferem-se, principalmente, dos contratos de adesão, conforme será visto, onde os termos não

¹⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵⁷ Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

¹⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵⁹ Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

¹⁶⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁶² Código Civil, artigo 104: A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei

¹⁶³ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

podem ser discutidos ou alterados, sendo *imposto* ao contraente, não havendo, assim, igualdade entre as partes.

1.3. Princípios contratuais

A formação da sociedade é decorrência das relações interpessoais, permeadas por acordos ou convenções com fito de criar, alterar ou extinguir direitos e deveres de cunho patrimonial a partir da declaração de vontade entre os contratantes. É, portanto, ato jurídico que demonstra a vontade de transferir bens ou prestar serviços, constituindo-se negócio jurídico,¹⁶⁴ cujos requisitos de validade são os mesmos de um negócio jurídico bilateral, previstos no artigo 104, do Código Civil: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita – estabelecida – ou não defesa – não proibida – em lei.¹⁶⁵

Os contratos seguem princípios e regras de direito, a partir da contextualização dos contratantes, da situação fática em que se estabelece o instrumento, pelo viés de operação econômica – isto é, do tipo de serviço a ser contratado ou do bem a ser adquirido (móvel ou imóvel). É muito mais utilizado para descrever uma operação econômica do que tratar da qualidade jurídica em si do objeto.¹⁶⁶

Nas demais situações em que haja o instrumento, é fruto das normas e regramentos legais, a formalização jurídica da vida.¹⁶⁷ Serve para formalizar a operação econômica, materializando-a no mundo jurídico. No Código Civil de 1.916, o conceito de contrato estava assim registrado: *acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial*. Destarte, se o negócio não possuísse aspectos patrimoniais, não poderia ser matéria do instrumento em referência.¹⁶⁸ A título de exemplo, a circulação de riquezas se dá de várias maneiras, como promessa de compra e venda, transferência de bens móveis e imóveis, execução de determinado trabalho etc. Reitera-se, com isso, que somente há

¹⁶⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Vol. 3 - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 9788530984014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984014/>. Acesso em: 18 Mar 2020

¹⁶⁵ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

¹⁶⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

contrato se houver patrimonialidade na vontade entabulada entre as partes, para o antigo Diploma.

Quanto ao limite de alcance desta Dissertação, o contrato de adesão será largamente analisado no item 2.2, porquanto sua formação e regulação possuem ampla gama de estudo. A forma do instrumento é livre, quando não prevista expressamente na lei, o que não significa que seus termos podem ser entabulados ao bel-prazer das partes. Todo instrumento deve, obrigatoriamente, respeitar alguns limites previstos de forma geral em várias leis, costumes e boa-fé. Havendo normas cogentes, as partes restam obrigadas, podendo-se exigir eventual cumprimento por meio de sua judicialização, ou seja, é assegurado o uso da força pelos órgãos da coletividade (Poder Judiciário).¹⁶⁹

O surgimento do contrato em si ainda é discutido pelos estudiosos da área, pacífico apenas em relação a quando lhe é conferido o aspecto jurídico tal como conhecido hoje. É descrito pela evolução dos instrumentos que integram o contrato como o *stipulatio* de Roma, passando pelo *common law* Anglo-Saxônico. Pelo conceito à época, poder-se-ia demandar judicialmente, não em razão de um *contrato* assinado entre as partes, mas por força da obrigação assumida entre elas, a qual poderia ser postulada e cobrada nos órgãos julgadores da época.¹⁷⁰

A evolução jurídica, em retrospectiva, é uma resposta às exigências sociais de formalizar as modalidades de circulação de riqueza, em instrumento com termos racionais, não casuais e não arbitrários, não incidindo, dessa maneira, vantagens excessivas ou ônus a apenas um dos contratantes. No exemplo advindo do direito italiano, sobre a forma não contratual de circulação de riqueza, tem-se a sucessão *causa mortis*, a qual é uma transferência não contratual de riqueza: entre particulares (bens) e entre particular e ente público (tributos). No caso de testamento, volta-se à premissa de circulação de riquezas por meio de contrato, respeitando-se a vontade do *de cuius*, desde que respeitados os limites impostos pela lei, tal como é em relação ao direito do herdeiro. Em estudo elaborado na cidade de Wisconsin, EUA, constatou-se que muitas obrigações eram acordadas por outros meios que não o contrato regido pelas leis, mas por meros apertos de mão, promessa verbal, dentre outros. Essa fuga se deu pelo fato de os contratos obstarem um melhor desenvolvimento das trocas de riquezas, posto que os termos jurídicos eram vistos como preciosismos.¹⁷¹

¹⁶⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibid.*

Eventuais sanções não jurídicas, ademais, poderiam ser eficazes e suficientes para resolver querelas fora do âmbito judicial. Ressalte-se que os negócios praticados nos Estados Unidos são permeados pela palavra e confiança entre as partes, que não querem perder novas oportunidades pela má reputação ou fama negativa, daí o porquê de optarem pelos negócios sem a rigidez do contrato. Verifica-se, portanto, que a evolução histórica do direito contratual passou a elencar e a proteger, juridicamente, um maior número de relações interpessoais de serviços, bens, dentre outros, pelo Código Civil e por leis especiais,¹⁷² resultado do aumento de possibilidades de operações econômicas, cada vez mais complexas.

Destaca-se, também, o princípio constitucional da função social do contrato, interpretação ampliativa do texto entabulado no artigo 170,¹⁷³ da Constituição Federal, inserindo-se na ordem econômica, para facilitar essa circulação de riquezas. Em complementação, há o princípio da solidariedade social, cujo objetivo é o de reconhecer a não interferência estatal no ato da autonomia privada, desde que não seja formado contra o ordenamento jurídico. Em síntese, é um dever positivo de colaboração entre cidadãos de diferentes camadas da sociedade, de diferentes condições sociais.¹⁷⁴

A dignidade humana, princípio constitucional – ou, se o entendimento for mais exegético, princípio fundamental da ordem do Estado Democrático de Direito – expresso no artigo 1º, inciso III,¹⁷⁵ contém ordenamento negativo: *dever passivo genérico de respeito*, bem como positivo: *proporcionar meios e modos para que o ser humano possa expandir as globalidades de sua personalidade, desenvolvê-la na totalidade de seus elementos*.¹⁷⁶

É por esse motivo que terceiros alheios ao contrato também são influenciados, não somente pelos interesses sociais, como o princípio da solidariedade social, mas pela eficácia social do instrumento entabulado, cujos efeitos recaem sobre esses – como os embargos de

¹⁷² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁷³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]

III - função social da propriedade;

¹⁷⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁷⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

terceiro, adquirente de boa-fé.¹⁷⁷ Os efeitos não têm o objetivo de beneficiá-los ou prejudicá-los, mas são acompanhados pelo ordenamento de modo a garantir a todos, contratantes e terceiros, que o instrumento seja adimplido da forma como proposto. Outrossim, no Código Civil, especificamente no artigo 421,¹⁷⁸ o texto é expresso ao estabelecer que o contrato será construído com a função social a que se destina em mente.

À parte a discussão entre princípio ou cláusula geral, entende-se pela sua aplicação concomitante por não haver oposição de valores entre si. A partir do estabelecimento da relação entre particulares se expande a proteção de todo o sistema jurídico. Garantir sua aplicação é de interesse público, traduzido pelo equilíbrio entre os contratantes, respeitando-se as normas de força cogente.¹⁷⁹

O instrumento, quando expressamente exigido em lei, deve se ater às normas gerais, bem como à forma de sua criação, para atender, justamente, ao interesse público, como a política fiscal que utiliza os registros de transferência de riquezas para arrecadar tributos. Com a mesma finalidade, a forma escrita contém tudo o que é discutido até a conclusão do instrumento, devendo ser *cognoscível* por terceiros para facilitar sua compreensão.¹⁸⁰

A padronização dos contratos não é necessariamente negativa, no caso dos contratos de adesão. Pelo contrário, restringindo-se a liberdade das partes se garante o respeito aos direitos mínimos, permitindo a transigência apenas daquilo que é disponível, ainda que dentro de limitação mais ampla como é a função social do contrato, dignidade da pessoa humana, boa-fé, moral e bons costumes.¹⁸¹

Alguns princípios fundamentais, advindos da Constituição Federal, Leis – como o Código Civil –, doutrina e jurisprudência, regem essa construção contratual. Neste trabalho, é aprofundada a abordagem acerca da função social, isonomia entre as partes, autonomia da vontade, boa-fé objetiva, equilíbrio econômico, *pacta sunt servanda*,¹⁸² relatividade dos efeitos

¹⁷⁷ Código de Processo Civil, artigo 674: Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

¹⁷⁸ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁷⁹ OSTROWSKI, Antonio E. B., SANTANA, Héctor V. *A inversão das cláusulas contratuais em favor do consumidor nos contratos de adesão*. Artigo. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 7, p. 52446-52461, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/14057/11754>. Acesso em setembro de 2020.

¹⁸⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁸¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁸² Princípio da obrigatoriedade contratual.

contratuais, supremacia da ordem pública e conservação dos contratos. O instituto faz parte do mundo do dever ser, é um ideal a ser aplicado aos fatos, o qual é a expressão máxima dos valores, finalidades e interesses capitais e indisponíveis da natureza humana, assim entendidos como as próprias vigas mestras da convivência social.¹⁸³

A forma de interpretação aplicada aos princípios contratuais aqui apresentados é a da compreensão metódica, ou da interpretação sistemática. A análise não é feita de maneira individualizada da norma em particular, mas leva em consideração todo o conjunto estruturante do comando, posto que, assim como a sociedade, o sistema constitucional e infraconstitucional é vivo e dinâmico,¹⁸⁴ devendo o texto ser integrado à realidade à qual está inserido.

Eles estão presentes, em especial, na jurisprudência analisada no Capítulo 3, como influência nas decisões judiciais e os limites estatais quando de sua aplicação nas relações privadas. No próximo item, discutem-se as características principais e seus efeitos na vida civil e jurídica, salientando-se que os princípios da autonomia da vontade, o consensualismo e a força obrigatória dos contratos pertencem à teoria contratual clássica, enquanto que a função social dos contratos, equilíbrio econômico e a boa-fé objetiva à teoria contratual moderna.¹⁸⁵

1.3.1. Autonomia da Vontade

A partir da tradução das palavras gregas, onde *autós* significa *qualidade ou condição inerente e peculiar a um ser e nomói norma ou regra*, a junção dos termos formou a expressão *autonomia*, cuja premissa é a independência e a auto-regulamentação das condutas. Sua origem advém do entendimento ideológico sobre a liberdade contratual, responsável por moldar o pensamento jurídico na França e Alemanha, servindo como modelo para outros países.¹⁸⁶

Na França, proveniente das conquistas da burguesia a partir da Revolução de 1.789, novas formas de organização da sociedade foram criadas, retirando-se a hegemonia de certas

¹⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em janeiro de 2020.

¹⁸⁴ GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional: A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499878/>. Acesso em janeiro de 2020.

¹⁸⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

¹⁸⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

classes, especialmente quanto à aquisição de propriedades. A liberdade estava intrinsecamente ligada à propriedade. Pessoas eram consideradas livres quando tinham posses, do contrário, não poderiam realizar contratos. O motivo era a impossibilidade de circular riquezas. O contrato em si foi o instrumento da necessidade de se transferir a riqueza da nobreza e do clero para a burguesia, por meio da aquisição de propriedades e dos recursos produtivos, haja vista que as classes antigas eram improdutivas. Os contratos permitiram a aquisição para produzir e fomentar o comércio e a indústria.¹⁸⁷

Já no ano de 1.896, na Alemanha, classificado como grande sistema de direito privado, *com sistematização jurídica complexa dos atos de circulação da riqueza*, o negócio jurídico abarcava, inclusive, o contrato. Como exemplo, tem-se a compra e venda, onde há um contrato e um negócio jurídico, aplicando-se as normas especiais sobre a compra e venda, gerais sobre contrato e mais gerais ainda sobre o negócio jurídico. Essa inovação apresentou uma nova categoria no Direito Civil, mais geral que o próprio contrato, cujos efeitos jurídicos eram produzidos a partir da declaração de vontade. Sua amplitude foi mais eficiente do que o contrato *criado* na França, permitindo a transferência de riquezas entre partes diferentes ou *sem liberdade*.¹⁸⁸

Reunindo-se os elementos do contrato francês e do negócio jurídico alemão, a Itália fez sua própria codificação no ano de 1.865. Entretanto, no ano de 1.942, durante a Segunda Guerra Mundial, o direito contratual fora influenciado pelo momento histórico. O fascismo vigente à época se fez presente nas regras gerais dos contratos. Por outro lado, na Alemanha, durante o nazismo, a liberdade individual não mais era possível, pois tanto os povos quanto os homens eram diferentes, ocasião na qual deveria sempre permanecer o interesse coletivo – concepção que faz contraponto ao liberalismo e ao capitalismo. A ideologia corporativista na Itália suprimia o direito dos sindicatos operários, onde os princípios e fundamentos do Estado eram de cunho eminentemente político. Entretanto, as alterações legislativas daquele momento foram mais facilmente revertidas, revogando-se medidas fascistas e revelando uma codificação em consonância com os ideais capitalistas.¹⁸⁹

Houve inovações profundas no regime das relações contratuais, havendo a chamada *unificação do direito das obrigações e dos contratos*, momento no qual o Código Civil e o Código de Comércio passaram a coexistir. Para tanto, o Código Civil se prestava apenas ao

¹⁸⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibid*.

usufruto da riqueza, enquanto o Código Comercial, regente das relações de consumo, regravava a forma de circulação de riquezas. Essa última também era considerada um direito de classe, protegendo os comerciantes dos cidadãos que eventualmente pudessem agir contra suas práticas. A unificação do Código Comercial no Código Civil italiano ocorreu ainda em 1.942, concentrando regras comerciais, contratuais e demais assuntos relativos ao direito civil.¹⁹⁰

O contrato, em sua evolução passou de *status* à ideologia, não mais estando restrito a bens ou condições familiares, motivo pelo qual a livre negociação passou a ser a principal característica, especialmente com o crescimento do capitalismo, fato marcante da evolução das relações sociais e transferência de riquezas. É permeado pela ideia de liberdade de contratar, onde são vedados todos os dispositivos capazes de impor ao sujeito alguma cláusula contra sua vontade. Esse limite negativo vedaria, inclusive, a atuação pelo judiciário ou pelo legislador nesse sentido (imposição de cláusula contra a vontade das partes).¹⁹¹

A liberdade se traduz na formação do contrato, quando a vontade das partes estipula, livremente, por meio de acordo, como seus interesses serão tutelados pela ordem jurídica.¹⁹² Contudo, tal liberdade contratual encontra limitação em dispositivo legal, no caso o artigo 421,¹⁹³ do Código Civil, estabelecendo a obrigatoriedade em atender a função social do contrato (discutida no item 1.3.4).

O instrumento estabelecia verdadeira lei entre as partes. Leis do poder público que, de alguma forma, limitassem a liberdade do instrumento, poderiam ser consideradas inconstitucionais. Como consequência, permitiu-se o abismo de diferença no direito da parte economicamente mais vulnerável, cujas leis de proteção – com tal intenção – não prosperaram. Um dos aspectos positivos do instrumento é a ausência de privilégios ou discriminações legais capazes de diferenciar as pessoas que assinam o contrato, conferindo tratamento isonômico entre as partes. Já na sociedade atual, capitalista, a liberdade contratual, cujo pensamento jusnaturalista e iluminista fortaleceu sua ideologia, é uma forma de se libertar do Estado, uma vez que, em tempos passados, o empreendedor, por assim dizer, incorria em uma série de

¹⁹⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁹² DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2010.

¹⁹³ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

exigências as quais cerceavam sua iniciativa produtiva, fechando-se o potencial dinâmico das organizações econômicas.¹⁹⁴

Quando se fala em contrato, deve-se salientar que a relação de trabalho também é estipulada de maneira formal pelo instrumento. Por exemplo, um empresário, em posição economicamente muito superior, pode impor suas vontades ao empregado que está assinando aquele contrato, dispondo, somente, de sua força de trabalho. Nesse ponto específico, há o desvio ideológico do contrato, vez que o trabalhador deve suportar as eventuais imposições de seu patrão, fazendo contraponto ao princípio da igualdade das partes, meramente formal, onde o trabalhador oferece sua capacidade de transformar em mercadoria a matéria prima e o empresário disponibiliza essas mercadorias para aquisição pelo proletariado.¹⁹⁵

Partindo-se do surgimento do Direito Privado, o qual trouxe ordem às relações individuais, as manifestações de vontade para realizar atividades econômicas lícitas clamaram por um instrumento capaz de vincular as partes aos seus objetivos. O item fundamental na construção de um contrato é a manifestação da vontade das partes, onde a liberdade de contratar permite a estipulação de quaisquer obrigações e contraprestações não vedadas pela lei; mais ainda, pode-se escolher contratar com quem tiver a melhor oferta ou com quem a parte considerar mais bem preparada para realizar o serviço ou para entregar a coisa.¹⁹⁶

Entendia-se, por tal motivo, que a atuação do judiciário em questões sobre contratos deveria ser muito restrita, apenas em relação ao cumprimento desses, para evitar ampla interferência nas relações privadas, justamente porque havia no instrumento a livre manifestação da vontade das partes, cujos termos estabelecidos, os quais faziam lei entre elas, haviam sido pactuados espontaneamente.¹⁹⁷ O parágrafo único do artigo 421, do Código Civil, determina que *nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*, de maneira a diminuir a interferência externa – ou pelo judiciário – nesses tipos de relação.

A evolução do direito para os tempos modernos demonstrou, entretanto, que a autonomia da vontade permitia certas deturpações e violações às suas premissas básicas, ficando mais clara essa afirmação ao se pensar no contrato de adesão. A criação de leis

¹⁹⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

observando a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular na esfera privada¹⁹⁸ foi necessária para proteger a liberdade contratual, a fim de evitar disparates entre estipulantes e contratantes, e proteger seus direitos. Como exemplo, o Código de Defesa do Consumidor prevê os parâmetros a serem adotados na formação do contrato, bem como na sua execução, de maneira a manter o máximo de equilíbrio entre as partes, especialmente quanto ao consumidor, o qual encontra-se usualmente mais vulnerável.

O princípio da autonomia da vontade, portanto, pode ser reduzido à liberdade de contratar, momento no qual as partes, por meio da declaração de vontade livre e espontânea, definem os efeitos do instrumento, reconhecidos e tutelados pela ordem pública. A toda pessoa é dado o exercício desse poder de criar um direito ou uma obrigação nos termos do contrato. A autonomia da vontade também é conceituada como a liberdade de contratar, e pode ser dividida entre *liberdade de contratar propriamente dita*, *liberdade de estipular o contrato* e *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.¹⁹⁹

A liberdade de contratar está no plano da auto-regência de interesses, composto pela livre discussão de condições contratuais e da escolha do tipo contratual capaz de representar melhor a própria vontade. Já a liberdade *propriamente dita*, implica no poder conferido às partes para dispor os efeitos pretendidos com o negócio entabulado. Essas disposições podem ser supletivas ou subsidiárias, aplicáveis somente em caso de silêncio ou na falta da vontade particular. A vontade dos contratantes, assim, permanece, permitindo regular seus interesses de forma livre e, portanto, a determinar o conteúdo do contrato de acordo com os limites legais imperativos.²⁰⁰

A distinção entre leis coativas e supletivas permite a melhor compreensão do princípio da liberdade de contratar. As coativas, ou imperativas, ordenam ou vedam algum ato, isto é, dispõem sobre o que pode ou não ser feito e o que deve ou não ser feito – impondo ou proibindo. As supletivas objetivam suprir ou complementar a vontade da parte, incidindo quando do silêncio dessa. Registre-se ser o direito contratual composto majoritariamente por normas supletivas. Insta salientar, no entanto, que sua aplicação não está adstrita exclusivamente à vontade das partes. Caso os efeitos do contrato não sejam devidamente regulados, a norma

¹⁹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁰⁰ *Ibidem*.

facultativa se torna obrigatória, a fim de disciplinar a relação em termos gerais e impessoais por lei. Desse modo, a autonomia da vontade, apesar dos preceitos legais, é utilizada de acordo com a conveniência das partes, em maior ou menor grau.²⁰¹ No contrato de adesão a vontade é restrita a aceitar ou não o contrato proposto, restando à lei determinar os preceitos gerais que regem o instrumento, incluindo seu conteúdo, efeitos e consequências.

Por outro lado, existem limitações à liberdade de contratar propriamente dita, presentes na ordem pública e nos bons costumes. Embora sejam exceções ao princípio da autonomia da vontade, a dificuldade de conceitua-las adequadamente abre margem para ampliar ou restringir, estando condicionadas à organização política e à infraestrutura ideológica influenciadas pela época, ideias morais, políticas, filosóficas e religiosas. A tendência, no entanto, é empregar o conceito de ordem pública e dos bons costumes de modo objetivo, inibindo alterações conforme convicções pessoais dos legisladores. Em linhas gerais, a limitação serve à utilidade social, pois *certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem*, ferindo, assim, a ordem pública e os bons costumes.²⁰²

A ordem pública representa os interesses essenciais do Estado e da coletividade. *Per se*, é difícil determinar taxativamente quais são esses interesses, não sendo possível estabelecer parâmetros suficientes para o juiz aplica-los nos casos concretos levados a sua apreciação. De outra ponta, não se pode reduzir tanto os elementos constitutivos da ordem econômica e moral da sociedade, sob pena de se limitar, e muito, o conceito em tela. Igualmente, os bons costumes sofrem para ser reduzidos a um conceito. Desse modo, recorre-se à enumeração exemplificativa na tentativa de conceitua-los ou classifica-los. A ordem pública é composta por leis que versem sobre o princípio da liberdade e da isonomia; princípios de responsabilidade civil; leis sobre estado e capacidade pessoal; leis sobre o estado civil; direitos básicos hereditários; princípios fundamentais do direito de propriedade. Quanto aos bons costumes são enumeradas situações contrárias a ele, como exploração de casas de tolerância; relações entre concubinários; corretagem matrimonial; relacionados ao jogo; usura no mútuo. Em suma, contratos com cláusulas contrárias a leis de ordem pública e aos bons costumes são considerados nulos, persistindo a declaração de vontade com os efeitos pretendidos se os termos forem lícitos.²⁰³

²⁰¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibid*.

1.3.2. Força Obrigatória dos Contratos

Talvez a expressão mais conhecida em relação ao princípio da obrigatoriedade seja *pacta sunt servanda*, proveniente do latim, significando que o acordo entabulado pelas partes constitui lei entre elas,²⁰⁴ devendo o contrato ser cumprido,²⁰⁵ honrado. Esse instrumento é um processo dinâmico, complexo e impõe a cooperação e a confiança entre as partes como principal fonte de determinação do regulamento contratual.²⁰⁶ Ressalte-se, ninguém é obrigado a se vincular²⁰⁷ aos termos apresentados em contrato, a autonomia da vontade é passo anterior à assinatura do instrumento.

Os requisitos necessários e pressupostos estabelecidos legalmente fazem com que o contrato celebrado imponha às partes o cumprimento das cláusulas como se fossem preceitos imperativos, conferindo mais segurança às relações, especialmente as comerciais.²⁰⁸ Aceitando-se seus termos e vinculando-se ao contrato, portanto, nasce a obrigação de cumpri-lo, sob pena de que o Estado, por meio do Poder Judiciário, exerça sua força coercitiva, apresentando as demais fontes formadoras do contrato, tais como normas legais e decisões jurisdicionais. Em decorrência da autonomia da vontade, tem-se a liberdade contratual, fonte primária, voluntária, por outro lado, há as demais fontes, influenciadas pelos cenários político, econômico e social,²⁰⁹ garantindo que essa lei estipulada entre os particulares será respeitada e cumprida satisfatoriamente – seja pela vontade das partes, seja pela coerção do Estado.

O contrato, reitera-se, permite a circulação de riquezas, é a verdadeira concretização da ordem econômica,²¹⁰ insculpida no artigo 170,²¹¹ da Constituição Federal. Essa obrigatoriedade de cumprimento se reflete na segurança e na confiança²¹² para realizar negócios jurídicos. Ainda

²⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁰⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

que o comum seja o adimplemento contratual, podem ocorrer casos com a incidência da inexecução, do inadimplemento, impondo ao devedor, seja pelo descumprimento doloso ou culposo,²¹³ a responsabilidade em responder *por perdas e danos, mais juros e atualização monetária [...], e honorários de advogado.*²¹⁴

Sob outra perspectiva, o Código Civil, no artigo 393,²¹⁵ prevê que se a falha na contraprestação acarreta prejuízos ao credor e decorre de caso fortuito ou por motivo de força maior, o devedor não será responsabilizado, salvo se o contrato contiver cláusula que estipule o contrário.²¹⁶ É uma forma de se manter o equilíbrio entre as partes, matéria abordada no item 1.3.7, de modo a não onerar de maneira excessiva ou não enriquecer subitamente apenas um dos contratantes.

Como mecanismos jurídicos para forçar o cumprimento por intermédio do Estado, pelo Poder Judiciário, têm-se o Código de Processo Civil, dispondo sobre ações de obrigação de fazer ou de não fazer – artigo 497²¹⁷ e entrega de coisa – artigos 498²¹⁸ e 806,²¹⁹ bem como o Código de Defesa do Consumidor, o qual versa sobre obrigação de fazer e de não fazer no artigo 84.²²⁰ Essas são as ferramentas disponíveis ao interessado para pleitear a prestação jurisdicional.²²¹

Incide, sobre esse princípio, o da intangibilidade do conteúdo dos contratos, impossibilitando a revisão do instrumento ou libertação de seus termos por meio de decisão judicial. A intervenção do Poder Judiciário, registre-se, é adstrita a decretar nulidade ou resolução, mas não pode modificar a essência do seu conteúdo. Do contrário, se houvesse interferência do magistrado na economia pela revisão de seus termos, a liberdade de contratar

²¹³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²¹⁴ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

²¹⁵ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

²¹⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²¹⁷ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

²¹⁸ Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação

²¹⁹ Art. 806. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, em 15 (quinze) dias, satisfazer a obrigação.

²²⁰ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

²²¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

restaria prejudicada, porquanto a própria autonomia da vontade seria atingida na sua essência: a faculdade em se obrigar ou não aos termos contratuais, isto é, a força obrigatória dos contratos é opção do contratante.²²²

Destaca-se, no entanto, a mitigação desse princípio por desempenhar efeito secundário dentro da função social dos contratos e da boa-fé. Não mais é considerado regra absoluta, pelo contrário, trata-se de exceção no Direito Privado atual. Isso é facilmente identificado nas decisões analisadas no Capítulo 3 deste trabalho, porquanto a concepção pura do princípio em comento não permitiria revisão ou extinção de cláusulas ou do próprio contrato, cuja consequência seria insegurança jurídica. A relativização dos efeitos contratuais e o princípio da conservação dos contratos, expressas nas decisões corroboram com o movimento de transição para outros elementos e princípios, sem afetar a segurança jurídica do ordenamento jurídico.²²³

1.3.3. Teoria da Imprevisão

Decorrente do princípio da força obrigatória dos contratos, o princípio da intangibilidade determinava que as cláusulas contratuais não poderiam ser revistas pelo judiciário. Conforme exposto no item anterior, a interferência estatal poderia, no máximo, decretar a nulidade ou a resolução do instrumento. Entretanto, verificou-se a necessidade em readequar ou reequilibrar a relação contratual face às situações extraordinárias, impossíveis de serem previstas pelas partes. Os artigos 478,²²⁴ 479²²⁵ e 480,²²⁶ do Código Civil, tratam da incidência da onerosidade excessiva por eventos impossíveis de serem antecipados.

A mudança em relação ao princípio da intangibilidade se deu para permitir que a *superveniência de acontecimentos determinantes da ruptura do equilíbrio das prestações pudesse autorizar a intervenção pelo Estado [...] para restaurá-lo ou liberar a parte sacrificada*, decorrendo de sua injusta aplicação em termos absolutos. A onerosidade excessiva

²²² GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²²³ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

²²⁴ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

²²⁵ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

²²⁶ Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

por evento não esperado, cujos resultados fossem prejuízos a uma das partes consideravelmente maior do que qualquer previsão possível à época de sua celebração, por sua vez, fomentou a criação da teoria da imprevisão, justificando *as exceções que a equidade impõe ao princípio da intangibilidade*.²²⁷

O desdobramento dessa linha de pensamento culminou com a relativização do poder vinculante conferido ao contrato, na qual incide a teoria da imprevisão. A alteração das circunstâncias decorre da excessiva onerosidade da prestação, imprevisível à época da contratação, alterando substancialmente a capacidade financeira da parte por fato oriundo de situação extraordinária. Do contrário, se essa situação pudesse ser razoavelmente prevista, o contrato se manteria com força total, isto é, a força obrigatória dos contratos seria preservada integralmente. Portanto, o evento deve ser extraordinário e imprevisível, dificultando o cumprimento em razão da excessiva onerosidade da prestação. O sacrifício para manter a prestação conforme entabulada deve ser de tal ordem que beiraria a impossibilidade econômica.²²⁸

Trata-se, no entanto, de dificuldade, não de impossibilidade em si. Para a impossibilidade existe a figura dos casos de força maior, cujas consequências podem ser indenização ou não pelo devedor. A teoria da imprevisão, como o nome diz, abarca apenas eventos impossíveis de serem antecipados e, concomitantemente, tornam a obrigação extremamente difícil de ser cumprida, mas não impossível.²²⁹

1.3.4. Função Social

O termo função é de difícil definição semântica, daí porque também é difícil sua utilização. Por outro lado, alguns autores atribuem o valor de conjunto de atividades ou de tarefas adotadas em determinado sistema, no caso da função social, é o conjunto no sistema jurídico.²³⁰ Guarda estreita relação com a liberdade e a igualdade,²³¹ direito fundamental previsto na Constituição Federal, além de ser determinante nos contratos por força do Código

²²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibid*.

²³⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²³¹ EDIGLEUSON COSTA, Rodrigues. *A função social do contrato como concretização de direitos fundamentais nas relações privadas*. Dissertação. Universidade do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013.

Civil (artigo 421²³²). Paralelamente, permeia a função social o princípio constitucional da dignidade humana – ou, se o entendimento for mais exegetico, princípio fundamental da ordem do Estado Democrático de Direito – expresso no artigo 1º, inciso III,²³³ contém ordenamento negativo: *dever passivo genérico de respeito*, bem como positivo: *proporcionar meios e modos para que o ser humano possa expandir as globalidades de sua personalidade, desenvolvê-la na totalidade de seus elementos*²³⁴.

Como princípio constitucional, interpretação ampliativa do texto entabulado no artigo 170,²³⁵ da Constituição Federal, é inserido na ordem econômica, para facilitar a circulação de riquezas em comento. Em complementação, há o princípio da solidariedade social, cujo objetivo é o de reconhecer a não interferência estatal nesse ato de autonomia privada, desde que não seja formado de encontro ao ordenamento jurídico. É um dever positivo de colaboração entre cidadãos de diferentes camadas da sociedade, de diferentes condições sociais.²³⁶

Sua concepção moderna determina que os interesses públicos devem ser mantidos, justamente por estabelecer limites de modo a garantir a continuidade da circulação de riquezas e das negociações, seja qual for sua complexidade: as normas cogentes devem ser observadas e respeitadas, porque ao tutelar o interesse privado se tutela o interesse público.²³⁷ A adoção da função social do contrato como princípio é entendimento relativamente novo, inserindo-se na ordem econômica e, ao mesmo tempo, atendendo ao disposto no artigo 170,²³⁸ da Constituição Federal, viabilizando as operações que visam à circulação de riquezas.²³⁹

²³² Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato

²³³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

²³⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²³⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]

III - função social da propriedade;

²³⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]

III - função social da propriedade;

²³⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O artigo 412,²⁴⁰ do Código Civil, de igual maneira, prevê que o contrato deve atender a esse mesmo princípio. A dúvida resta, na verdade, se é cláusula geral ou se princípio por excelência. Ademais, discute-se se é norma programática, criando um embate entre a normatividade da eficácia e dos princípios constitucionais.²⁴¹ Considerando a Constituição Federal, bem como o aludido Código, o que era princípio constitucional *serve a tornar normativo e efetivo, no nível da legislação ordinária*, sua aplicabilidade. A dúvida, pelos motivos expostos, é se a função social pode ser considerada apenas como princípio, cláusula geral ou se apresenta ambas concepções.²⁴²

Apesar do debate acadêmico entre cláusula geral e princípio, se a conclusão for pela aplicação em ambos os cenários, de princípio e cláusula geral, uma não exclui a outra, porquanto não há oposição de valores entre elas, isto é, aplicar uma, outra ou as duas, não significa preferir nenhuma condição ou característica inerente.²⁴³ Como cláusula geral, considerando sua interpretação mais ampla, é dirigida ao juiz para, nos casos concretos, criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas, auxiliando na fundamentação de suas decisões, sob a égide do ordenamento pátrio,²⁴⁴ perfazendo fonte não expressa de composição de lides, bem como outros valores ou padrões de comportamento socialmente aceitáveis. Há também o entendimento de que, mesmo sendo cláusula geral, contém a função de redirecionar a um princípio ou valor que o contrato contenha, tal como é a boa-fé.²⁴⁵

A função social, desse modo, enquanto expressa no Código Civil, é cláusula geral restrigente e regulatória, ao passo que, enquanto princípio, permite a interpretação com base na Constituição Federal.²⁴⁶ Essa expressão *traz a ideia de que o contrato visa a atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado*,

²⁴⁰ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁴¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ COSTA, Judith Martins. *O Direito Privado como um "Sistema em Construção"*. (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 15. Porto Alegre: UFRGS, 1998. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70415/39986>. Acesso em março de 2020.

²⁴⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴⁶ *Ibidem*.

*submetido a interesses coletivos ou sociais.*²⁴⁷ Outros princípios que permeiam a função social do contrato, são o da dignidade humana e o da solidariedade social.

O primeiro, núcleo do direito geral de personalidade, contém ordenamento negativo, *dever passivo genérico de respeito*, e positivo: *proporcionar meios e modos para que o ser humano possa expandir as globalidades de sua personalidade, desenvolvê-la na totalidade de seus elementos*. O segundo, trata do dever positivo de colaboração entre cidadãos de diferentes camadas e condições sociais, reconhecendo-se o ato de autonomia privada pelo Estado, desde que não limite a liberdade contratual dos indivíduos, subsumindo-se ao princípio da igualdade jurídica.²⁴⁸

Os contratos padronizados, tal como por adesão, não carregam aspecto negativo. Pelo contrário, restringindo-se a liberdade das partes em discutir livremente seus termos, garante-se o respeito a direitos mínimos, permitindo a transigência apenas daquilo que é disponível, ainda que dentro de uma limitação mais ampla como é a função social do contrato, dignidade da pessoa humana, boa-fé, moral e bons costumes. A observação, portanto, dessa função e seus princípios subjacentes, a partir da relação entre particulares, permite a expansão da proteção do sistema jurídico como um todo, pois garantir sua aplicabilidade satisfaz interesse público ao equilibrar as partes contratantes. Os interesses sociais e o princípio da solidariedade social juntamente com a eficácia social do que o instrumento detém exercem seus efeitos sobre pessoas alheias ao contrato, sem objetivar beneficiá-los ou prejudica-los de alguma forma, apenas existem no ordenamento jurídico para garantir a todos o cumprimento adequado de seus termos.²⁴⁹

Existem, ainda, duas correntes doutrinárias que tentam limitar o conteúdo desse princípio. A primeira entende o artigo 421,²⁵⁰ do Código Civil, como proteção dos interesses externos aos contratantes ou interesses institucionais, referentes aos grupos sociais, jurídicos e econômicos, distintos, pois, dos interesses individuais. Noutras palavras, o limite de aplicação do princípio em comento estaria limitado à lesão a interesses institucionais, necessariamente externos ao instituto contratual. A segunda defende aplicação mais prática, tornando o contrato

²⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁴⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

ineficaz se, além da ofensa a interesses coletivos, houver *lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato*.²⁵¹

Se a finalidade do contrato não puder ser atingida, perde-se a função social, tornando o instrumento juridicamente ineficaz. Isso não ocorre pela impossibilidade da prestação, mas sim quando o verdadeiro fim não pode mais ser atingido, deixando o contrato inútil,²⁵² segundo o entendimento da III Jornada de Direito Civil: *a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil*.²⁵³

1.3.5. Boa-fé Objetiva

O Código Civil tem a diretiva do dever geral de cautela. Sem adentrar muito no mérito da responsabilidade civil, tema abordado no Capítulo 2, item 2.4, responsabiliza-se o agente que comete ato ilícito contra direito alheio. O artigo 187²⁵⁴ determina ser ato ilícito o exercício de um direito que exceda o limite da boa-fé. O princípio está expresso no artigo 422,²⁵⁵ do Código Civil, e aduz que a boa-fé – e a probidade – devem ser mantidas ao longo da relação contratual. Por sua vez, o artigo 113,²⁵⁶ do mesmo Código, prevê sua incidência na interpretação dos negócios jurídicos realizados. Está mais relacionado à interpretação do contrato do que ao sentido literal registrado no instrumento, isto é, a intenção das partes contratantes se sobrepõe ao sentido literal da linguagem.²⁵⁷

O princípio em referência guarda a intenção constante no contrato, derivada da declaração da vontade das partes, bem como atende ao interesse social na segurança das relações jurídicas, sendo dever dos contratantes agir com *honradez, denodo, lealdade,*

²⁵¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em outubro de 2020.

²⁵⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁵⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁵⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁵⁷ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

honestidade e confiança recíprocas,²⁵⁸ tanto na fase pré-contratual, durante sua formação e em sua conclusão.²⁵⁹ Em outras palavras, impõe a partilha de valores e expectativas sobre a execução do contrato, cujo cumprimento será realizado na forma proposta. É fonte primária de responsabilização por encorajar a continuidade das relações contratuais, vez que a reciprocidade na *implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a restituição e a confiança, a função de integridade, solidariedade e equilíbrio de poder e harmonização com a matriz social*²⁶⁰ são inerentes à manutenção dessa continuidade.

Decorrente desse princípio, a solidariedade pode ser entendida por duas maneiras distintas: i) considerando a boa-fé, é medida automaticamente adotada pelas próprias partes envolvidas; ii) nasce o conceito de solidariedade mecânica, quando não considerado como um fim em si mesmo, mas considerando suas *finalidades sociais e morais e não apenas econômicas e individuais*.²⁶¹ É consequência lógica que a boa-fé deve sempre ser tomada como princípio norteador, mantendo-se o equilíbrio entre as partes e afastando a ocorrência de lesões.²⁶²

Para compreender melhor esse princípio, diferencia-se a boa-fé subjetiva da objetiva. A subjetiva guarda relação à estado subjetivo ou psicológico individual, no campo do Direito das Coisas – possuidor de boa-fé. A objetiva se refere à conduta esperada, ao modelo de comportamento social, externo ao sujeito. A boa-fé contratual é, justamente, a objetiva. O Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 4º, inciso III,²⁶³ e 51, inciso IV,²⁶⁴ institui o aludido princípio, seguido do Código Civil, no artigo 113.²⁶⁵ Por ser amplo e de difícil aplicação

²⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 366.

²⁵⁹ Enunciado 170, do Conselho da Justiça Federal: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

²⁶⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁶³ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

²⁶⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

²⁶⁵ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

no caso concreto, sistematizou-se o princípio em três funções: interpretativa, supletiva e corretiva.²⁶⁶

A interpretativa, inscrita no artigo 113, do Código Civil, tem duas fases de aplicação. Na primeira, determina-se a intenção da declaração das partes quando da assinatura do contrato. A busca pela intenção não é tarefa fácil, por conta das lacunas, ambiguidades ou obscuridades. Por isso, a segunda fase tem o condão de eliminar eventuais falhas na declaração negocial, seguindo critérios objetivos, perseguindo o sentido real atribuído pela parte aos seus termos,²⁶⁷ isto é, como o texto foi interpretado e entendido por ela. A intenção, inclusive, sobrepõe-se ao sentido literal do contrato – artigo 112,²⁶⁸ do Código Civil.

A supletiva cria deveres anexos – ou laterais, secundários e instrumentais – que, em conjunto com os deveres principais, tornam-se o núcleo dessa relação contratual. São deveres não expressos com a finalidade de assegurar o cumprimento da avença, tais como o dever de *informação, sigilo, custódia, colaboração e proteção à pessoa e ao patrimônio da contraparte*.²⁶⁹ Embora não escritas, está claro no artigo 422,²⁷⁰ do Código Civil, como visto anteriormente.

A corretiva atua no controle das cláusulas abusivas, servindo, ainda, como parâmetro *para o exercício das posições jurídicas*. Aqui residem o adimplemento substancial e a vedação de comportamento contraditório – ou abuso do direito. O adimplemento substancial se refere à situação na qual o contratante cumpre com a maior parte de sua obrigação, deixando de executar parte insignificante, obstando, assim, a resolução contratual sob a alegação de inadimplemento. O abuso de direito – *vernire contra factum proprium* –, é função corretiva e está estabelecida no artigo 187,²⁷¹ do Código Civil,²⁷² vedando que a parte exceda os limites do exercício de seu direito.

²⁶⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem

²⁶⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁷⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁷¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁷² GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

O princípio da boa-fé, portanto, é fruto do interesse da sociedade em preservar a segurança nas relações jurídicas, objetivando a lealdade e a confiança recíprocas dos contratantes. Espera-se das partes – estipulante e aderente; credor e devedor – a colaboração na execução do contrato, em todas as suas fases, ainda que em contraposição de interesses, impedindo que uma parte dificulte a ação da outra.²⁷³

1.3.6. Relatividade dos seus Efeitos

O conteúdo do contrato estabelece os limites, direitos e deveres das partes que o compõe, sendo os termos da operação econômica descrita com força vinculatória dos contratantes entre si e perante o judiciário.²⁷⁴ Seus efeitos, portanto, somente incidem perante os contratantes.²⁷⁵ Isso significa que o princípio está adstrito a sua eficácia, não aproveitando ou prejudicando terceiros alheios ao contrato. Terceiro, salienta-se, é toda e qualquer pessoa estranha ao instituto ou alheia à relação contratual sobre a qual estende os seus efeitos.²⁷⁶

Dentro dos termos legais, a liberdade contratual estabelece que os contratos podem ser formados do modo que melhor lhes aprouver, vedando-se tratar de matéria proibida por lei. A autonomia permite às partes a possibilidade de determinar as cláusulas conforme suas vontades e não por imposição de regras externas.²⁷⁷ O princípio da relatividade dos efeitos contratuais impõe responsabilização apenas aos sujeitos que firmaram contrato, não podendo criar obrigações ou encargos sobre terceiros alheios ao instrumento.²⁷⁸

Via de regra, um contrato não pode criar direitos e obrigações para outrem. Assim, deve-se distinguir da existência do instrumento os efeitos internos: a existência do contrato é um fato, sendo oponível às outras pessoas; são, pois, direitos e obrigações dos contratantes que a *elles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se*. Por outro lado, há contratos que criam direitos ou obrigações a outras pessoas, tais como a *estipulação em favor de terceiro, o contrato coletivo de trabalho e a locação*. A eficácia é relativa, aplicável somente às partes, vez não ser possível

²⁷³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

²⁷⁵ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 24 Aug 2020

²⁷⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁷⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

²⁷⁸ *Ibidem*.

tornar uma pessoa credora ou devedora contra sua vontade. Entretanto, o princípio não é absoluto, sofrendo exceções.²⁷⁹

A exceção se dá porque o princípio, além de incidir sobre as partes contratantes, incide sobre o objeto do contrato. Se, por exemplo, for reconhecido por sentença o direito de terceiro sobre o objeto, compromete-se a eficácia contratual. É o evento da oponibilidade, e ocorre em três categorias: i) os estranhos ao contrato, *mas participantes do interesse, cuja posição jurídica é subordinada à da parte, como os subcontratantes e os mandatários*; ii) os interessados com *posição independente e incompatível com os efeitos* contratuais; iii) os indiferentes ao contratos, que podem *ser legitimados a reagir* se sofrerem prejuízos com os efeitos do mesmo contrato, tal como os credores.²⁸⁰

1.3.7. Equilíbrio entre as Partes

O princípio da isonomia entre as partes contempla que ambos os contratantes têm condições iguais de negociação para estipular as cláusulas contratuais, bem como de interpretar satisfatoriamente todos os termos escritos no instrumento, além de serem capazes de cumprir todas as obrigações ali dispostas, cujos direitos e deveres tendem naturalmente a um equilíbrio, não pendendo o ônus ou o ganho de maneira excessiva – ou singular – para apenas um dos lados. De forma resumida, as partes são consideradas iguais.²⁸¹

A Constituição Federal trata da igualdade tanto no artigo 3º, III, quanto no *caput* do artigo 5º, aduzindo sobre a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a isonomia perante a lei.²⁸² Essa isonomia determina que as partes devem ser tratadas de forma igual, enquanto que os desiguais recebem tratamento desigual, *na exata medida de suas desigualdades*.²⁸³

²⁷⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

²⁸² CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil Parte Geral. Institutos Fundamentais*. 3ª ed. rev. amp. e atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.

²⁸³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

O Código de Defesa do Consumidor, *dispositivo legal discriminador*, é constitucional ao conferir tratamento diferente entre consumidor²⁸⁴ e fornecedor.²⁸⁵ Por tal motivo, o artigo 4º, I,²⁸⁶ reconhece o consumidor como a parte mais frágil na relação de consumo, ou sua vulnerabilidade, permitindo que haja uma *isonomia real* nessa relação.²⁸⁷ Também se extrai essa diferenciação pela leitura do artigo 6º,²⁸⁸ que prevê os direitos básicos, dentre eles a facilitação na defesa de seus direitos, proteção contra publicidade enganosa, modificação de cláusulas contratuais que onerem de forma desproporcional o consumidor, dentre outras.

A vulnerabilidade acima exposta não se confunde com hipossuficiência, vez que é característica individual de alguns consumidores: a vulnerabilidade engloba a universalidade dos consumidores. De outra forma, a vulnerabilidade é um conceito de direito material, já a hipossuficiência²⁸⁹ um direito processual. Ainda, a vulnerabilidade do consumidor é presunção absoluta – por isso engloba todos os consumidores. Já a hipossuficiência é relativa, admitindo-se prova em contrário.²⁹⁰

²⁸⁴ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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

²⁸⁵ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

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

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

²⁸⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

²⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

²⁸⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

²⁸⁹ Fica mais claro compreender esse conceito ao fazer a leitura do inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, supracitado.

²⁹⁰ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 24 Aug 2020

O Código Civil trata, no artigo 421-A,²⁹¹ da igualdade material no âmbito dos contratos civis e empresariais. Destaca-se que, em relação aos contratos trabalhistas e consumeristas, há, de plano, o reconhecimento de desigualdade natural entre as partes e, por conseguinte, tratamento diferenciado para elas,²⁹² estando assim positivado na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT e no Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

Nas relações entre particulares, o Código Civil nos artigos 157,²⁹³ 317²⁹⁴ e 478,²⁹⁵ prevê situações nas quais o negócio jurídico pode ser desfeito: i) anulação do negócio jurídico se houver lesão; ii) revisão judicial em caso de desequilíbrio da prestação por fato imprevisível e; iii) se houver excessiva onerosidade a uma das partes, respectivamente. A igualdade existente nessas relações deve nascer e se manter equilibrada durante toda a execução do contrato,²⁹⁶ circunstância que remete ao princípio da boa-fé objetiva e ao da função social do contrato.

O equilíbrio das partes é também importante nas situações de resolução de conflitos extrajudiciais. Resolver o caso extrajudicialmente por meio de diálogo e negociações cordiais, é sempre mais rápido e melhor para todos os envolvidos do que em uma eventual disputa legal. A dúvida existe em como formar um bom acordo para ambas as partes. Se a discussão for sobre indenização, não será no valor máximo que a parte lesada espera receber, tampouco menor ao qual o inadimplente esteja disposto a pagar. O acordo pode ser feito sobre os fatos e resultados

²⁹¹ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

²⁹² PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos*. Artigo da Internet. Disponível em: <https://www.marioluizdelgado.com/images/artigos-recomendados/esboc2baando-uma-teoria-geral-dos-contratos.pdf>. Acesso em março de 2020.

²⁹³ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

²⁹⁴ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

²⁹⁵ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

²⁹⁶ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil Parte Geral. Institutos Fundamentais*. 3ª ed. rev. amp. e atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.

jurídicos de casos similares. O acordo seria melhor simplesmente por ser mais rápido e barato para ambos.²⁹⁷

Conseguir entabular um acordo envolve abrir mão do valor esperado a ser recebido em uma indenização, ao passo que também envolve pagar um pouco mais do que se está disposto. Esse meio termo é complicado, mas pode ser ajustado se os envolvidos estiverem inclinados a evitar a fila judicial. Alguns fatores devem ser considerados. Se o *lucro* esperado é maior do que o tempo e o dinheiro investidos, a ação será ajuizada. No tocante ao tempo, englobam-se as informações necessárias a serem colhidas pelo advogado para estruturar corretamente a lide.²⁹⁸

A questão do equilíbrio sobressai ao considerar as informações sabidas por cada parte, divididas entre simétricas ou assimétricas e são determinantes para encerrar a querela antes do nascituro. Acordos baseados em informações simétricas implicam que as partes têm informações suficientes sobre as questões processuais, como custos, valor da indenização e investimento para litigar.²⁹⁹

Casos com informações assimétricas são resolvidos fora do Judiciário por uma quantia impositiva ou são abandonados antes da incidência dos custos futuros. A assimetria de informação entre as partes resulta em julgamentos caros e negociações demoradas. Isso porque sem saber totalmente das questões envolvidas ou sem coletar todas as informações necessárias para êxito judicial, o acordo pode ser fechado muito abaixo das expectativas e do valor *correto*.³⁰⁰

Por todos os lados, a manutenção do equilíbrio entre as partes é fundamental para a ordem social, onde o Estado, ao criar mecanismos legais, intenta impedir ou diminuir o desequilíbrio naturalmente existente em todos os tipos de sociedades, cuja estrutura das relações é composta por restrições naturalmente impostas por seus membros. Economicamente, menos regras implicam em menos custos para a interação humana, isto é, menos custos com a

²⁹⁷ NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. *Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge: Cambridge, 1990.

²⁹⁸ SPIER, Kathryn E. "Litigation". In: *Handbook of Law and Economics*, Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.).

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ *Ibid*.

realização de negócios jurídicos,³⁰¹ mas a redução dessas regras pode culminar com o efeito contrário ao que se demonstra aqui.

1.3.8. Conservação dos Contratos

O princípio da conservação dos contratos é proveniente, também, do artigo 421,³⁰² do Código Civil, posto que *constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas justas e úteis.*³⁰³ Já o artigo 144,³⁰⁴ do Código Civil, assevera que o erro não prejudica a validade do negócio jurídico se o executante se oferecer a cumprir consoante a vontade real do contratante. Inclusive, no artigo 170,³⁰⁵ do mesmo Código, há previsão da subsistência do negócio jurídico nulo, caso contenha os requisitos de outro, se da análise do fim objetivado pelas partes não for possível prever a nulidade. O Código de Defesa do Consumidor, no mesmo sentido, no artigo 51, §2º,³⁰⁶ contém a possibilidade de não invalidar o contrato se no conteúdo houver cláusula abusiva, a menos que, após os esforços de integração pelas partes, incidir ônus excessivo a qualquer uma delas.

O intuito é tentar conservar o contrato em qualquer dos seus planos, seja a existência, validade ou eficácia. O princípio está inserido na utilidade socioeconômica do negócio jurídico e é utilizado na interpretação e qualificação das vontades das partes entabuladas no instrumento contratual para, se possível, adequá-lo à ordem jurídica, parcialmente ou integralmente. Duas figuras estão subordinadas ao princípio: a conversão do negócio jurídico e a redução do negócio jurídico.³⁰⁷

³⁰¹ NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge: Cambridge, 1990.

³⁰² Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

³⁰³ Enunciado nº 22, do Conselho da Justiça Federal: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

³⁰⁴ Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

³⁰⁵ Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

³⁰⁶ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes

³⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

A conversão consiste em aproveitar os elementos presentes do negócio jurídico para suprir aqueles ausentes, tal como exposto no artigo 170, do Código Civil, o qual prevê a conversão do negócio jurídico em si, mantendo-se incólumes as vontades das partes, como a conversão da compra e venda sem escritura pública para promessa de compra e venda, por exemplo. Subdivide-se em conversão substancial, formal e legal. A substancial importa na troca da própria natureza do negócio, a formal se conecta à nulidade da forma adotada para o negócio, mantendo-se, portanto, sua essência, como no caso de uma escritura pública nula passar a valer como instrumento particular. A conversão legal decorre de determinação normativa expressa em lei, a exemplo da conversão da aceitação fora do prazo em nova proposta – artigo 431,³⁰⁸ do Código Civil.³⁰⁹

A redução do negócio jurídico, também procedimento interpretativo, objetiva preservar parte válida do contrato, se for possível separá-lo do instrumento como um todo. Ao contrário da conversão, a redução não altera a qualificação do negócio jurídico, apenas limita a interpretação, mantendo-se a intenção das partes, consoante artigo 184,³¹⁰ do Código Civil. Como crítica, a leitura deve ser objetiva do negócio jurídico, sob pena de desviar o instituto de sua finalidade, qual seja *a preservação da parcela útil à realização da função do ajuste*, conservando-se, pois, o negócio jurídico.³¹¹

³⁰⁸ Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.

³⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

³¹⁰ Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

³¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

CAPÍTULO 2. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL

O contrato de compra e venda é tratado no Código Civil, entre os artigos 481 e 504. A princípio, estipula-se um preço para um bem móvel ou imóvel – ou até mesmo um semovente – cujo domínio é transferido ao comprador após pagar determinada quantia em dinheiro.³¹² Essa é a essência do instituto milenar que permitiu a evolução da civilização por meio da troca de riquezas.

A regra estabelecida no artigo 481,³¹³ do Código Civil, prevê que o contrato gera direitos pessoais ou de crédito, com efeitos obrigacionais. Os bens móveis têm o domínio transferido ao comprador por meio da tradição, já os imóveis após a inscrição do registro do título em cartório de registro.³¹⁴ No âmbito dos negócios jurídicos entre consumidor³¹⁵ e fornecedor³¹⁶ as regras são estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

O contrato, por si só, não tem força de transferir a propriedade do bem em si, apenas obriga a parte proprietária a realizar a transferência – motivo pelo qual os efeitos são obrigacionais. Antes da tradição, o titular do direito somente pode exigir sua prestação – seja o pagamento em dinheiro ou a entrega da coisa. Por haver reciprocidade nas prestações, diz ser o contrato de compra e venda sinalagmático.³¹⁷

A tradição é a transferência do domínio da coisa ou objeto (bem móvel), gerando direitos reais sobre ela e está prevista no artigo 1.226,³¹⁸ do Código Civil. Sobre os bens imóveis, a propriedade se opera com a inscrição do registro do título, consoante artigo 1.245,³¹⁹ do Código

³¹² STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³¹³ Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

³¹⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³¹⁵ Código de Defesa do Consumidor: Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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

³¹⁶ Código de Defesa do Consumidor: Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

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

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

³¹⁷ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³¹⁸ Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

³¹⁹ Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Civil.³²⁰ Não ocorrendo essa transferência, o antigo dono do imóvel ou antigo proprietário da coisa permanecem proprietários dos bens³²¹ – artigos 1.245, §1º³²² e 1.267,³²³ do Código Civil. O contrato, assim, é bilateral, oneroso, consensual em regra e solene por exceção,³²⁴ pelo qual o titular do domínio sobre uma coisa (vendedor) obriga-se a transferi-lo para alguém (comprador), mediante pagamento em dinheiro ou por título representativo correspondente.³²⁵

Nos casos em que o objeto é um bem móvel, a forma é livre, não havendo rigor formal. Em oposição, tratando-se de bem imóvel, o contrato é solene, regrado pelo artigo 108,³²⁶ do Código Civil.³²⁷ Esse tipo de contrato,³²⁸ em especial o de promessa de compra e venda de imóveis, é, em massiva maioria, um contrato de adesão por meio do qual os adquirentes se obrigam a pagar determinada quantia, seja à vista ou em prestações – modalidade mais comum –, enquanto que o vendedor se obriga a entregar determinado objeto, qual seja uma unidade em um condomínio, uma casa em certa localidade etc., ou seja, um imóvel.³²⁹

Dentre as cláusulas, além da definição do próprio objeto, a forma de pagamento e de entrega são especificadas. Como coisa, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, na ocasião da realização do negócio jurídico, a existência do objeto é potencial, isto é, o imóvel será construído – objeto determinável. Em relação ao pagamento, o preço deve atender a três requisitos: pecuniariedade, seriedade e certeza. A pecuniariedade é a forma como será feito o pagamento, se por dinheiro, cheque ou outro título de crédito. A ausência de

³²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

³²¹ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

³²² Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

³²³ Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

³²⁴ Código Civil, artigo 108: Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

³²⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³²⁶ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

³²⁷ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³²⁸ Confira o item 2.2. Contrato de Adesão.

³²⁹ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020.

seriedade pode implicar em simulação, situação na qual o contrato é considerado nulo³³⁰ por fugir ao valor real que o bem possui. A certeza é de que o bem pode ser determinado ou determinável –³³¹ como é o caso do imóvel.

O objeto do contrato é completamente descrito, contendo, por exemplo, as medidas do apartamento, número de quartos, vaga de garagem, locais de uso comum, descrição do prédio como um todo – terreno, andares, metragem total – etc. Ou seja, todas as informações possíveis e aferíveis do bem destinado à venda devem constar do instrumento.³³² De outra ponta, o contrato contém cláusulas relativas à segurança do negócio jurídico que são formas de garantir o cumprimento da obrigação por ambas as partes. Evidentemente, essas cláusulas exigem muito mais do contratante (ou adquirente) do que da promissária vendedora.

As penalidades impostas ao consumidor inadimplente ou em atraso são a multa contratual e o vencimento antecipado de todo o valor da dívida – se pagamento parcelado. Já no caso de rescisão contratual unilateralmente pelo adquirente, as penalidades podem ser retenção dos valores pagos até o limite percentual estipulado, para cobrir despesas administrativas e/ou uma porcentagem sobre o valor do contrato se houver fruição do imóvel.³³³

2.1. Compra e Venda

O contrato de compra e venda em si é um dos mais frequentemente utilizados para circulação de bens e serviços. Em síntese, é o instrumento apto a obrigar uma parte a transferir a propriedade de uma coisa à outra parte, sendo essa responsável em dar contraprestação em

³³⁰ Ao teor do artigo 167, do Código Civil:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

³³¹ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

³³² Confira o artigo 32, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1.964 (*Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias*).

³³³ Confira o artigo 67-A, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1.964 (*Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias*).

dinheiro ou valor equivalente³³⁴ ou, em outras palavras, é o negócio jurídico no qual se pretende a aquisição de propriedade de determinada coisa por meio do pagamento de um preço estipulado. É bilateral porquanto uma das partes – vendedora – se obriga a realizar a transferência da propriedade do bem móvel ou imóvel à outra parte – comprador – por meio de pagamento em dinheiro. O contrato gera apenas efeitos jurídicos obrigacionais, pois não transfere a propriedade por si só.³³⁵ Essas são as interpretações do artigo 481,³³⁶ do Código Civil, cuja redação é similar, à exceção do termo *domínio* em vez de *propriedade*.

A finalidade específica dessa modalidade contratual é a alienação de um bem, móvel ou imóvel e de direitos (cessão: o objeto é a prestação) – no caso deste trabalho, trata-se de bens imóveis –, a intenção das partes que celebram a avença, desse modo, é de transferir e adquirir a propriedade. No Brasil, a legislação prevê apenas a incidência dos efeitos obrigacionais, servindo o contrato como título de aquisição de propriedade, independente de outro negócio jurídico.³³⁷ Além do título – contrato – é necessária a solenidade da tradição, requisito legal do Código Civil, artigo 1.267.³³⁸ As partes – vendedor e comprador – devem cumprir os requisitos legais de capacidade e legitimidade, sob pena de invalidação do negócio jurídico.

No caso do imóvel, a tradição se opera com a entrega das chaves – forma simbólica –, momento no qual o comprador pode prosseguir ao cartório de registro para transferir a propriedade do bem para seu nome –³³⁹ artigo 108,³⁴⁰ do Código Civil. Em outros regramentos, pode haver o efeito translativo – ou efeitos reais –, sendo o contrato apto a transferir a propriedade quando da conclusão de seus termos. O contrato de compra e venda de imóvel é

³³⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³³⁵ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³³⁶ Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

³³⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³³⁸ Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição. Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico

³³⁹ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁴⁰ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

solene, vez ser integrado em sua substância pela forma, embora não seja necessária formalidade especial para o seu aperfeiçoamento.³⁴¹

Na eficácia, para melhor compreensão do porquê ser apenas obrigacional, apresenta-se breve histórico proveniente do Direito romano, distinguindo-se as figuras do *titulus adquirendi* e *modus acquisitionis* – título de aquisição e modo de aquisição. À época, o contrato estabelecia vínculo jurídico entre os contratantes, mas não gerava direito real sobre a coisa. O instrumento estava restrito à obrigação de transferência do domínio da coisa alienada e a transmissão exigia a solenidade do *modo de adquirir*, modalidade admitida em lei e necessária para sua aquisição. O modo tinha efeito atribuído pela lei, capaz de constituir direito real ou permitir a transmissão. O título de aquisição era *a causa jurídica ou razão de ser da aquisição ou transmissão do direito*.³⁴²

Por ser um direito *erga omnes* – vale contra todos ou produz efeitos perante todos – o consentimento entabulado no contrato não era a forma suficiente para aquisição da propriedade, isto é, não bastava dizer o contrato que uma parte adquiriu o imóvel e a outra o vendeu, resultando na necessidade em *subordinar a transmissão do domínio ao cumprimento de solenidades próprias*, quais sejam a *mancipatio*, cessão judicial e a tradição – *in jure cessio* e *traditio*. Desse modo, o contrato gerava efeitos obrigacionais, não sendo o vendedor obrigado a transferir a propriedade, mas somente entregar a coisa – *ad tradendum*.³⁴³

O Direito francês, por sua vez, adota a inserção de cláusula denominada *dessaisine* – *saisine*, a qual permite a transmissão da propriedade por meio de tradição ficta, não sendo necessário entregar efetivamente a coisa. Ademais, por decorrência dos efeitos das obrigações, a propriedade se transmite, igualmente, por força contratual. Por isso, no Direito francês, não é determinante o modo de adquirir, tornando o contrato como um modo de aquisição do domínio. No Brasil, conforme exposto, o Código Civil determina, no artigo 108, que os contratos dessa espécie visam à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais, desempenhando exclusivamente efeitos obrigacionais, decorrente da inteligência do Direito romano.³⁴⁴

³⁴¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ *Ibid*.

³⁴⁴ *Ibid*.

Os elementos essenciais desse contrato são coisa, preço e consenso – *res, pretium et consensus*. O consenso, no caso do tipo do instrumento em comento, representa não ser necessária a entrega da coisa em si para o seu aperfeiçoamento. Dele nasce a obrigação para o vendedor de entregar a coisa e para o comprador a de pagar o preço. Na compra e venda de bem imóvel, geralmente, a escritura pública é forma substancial. Por ser solene, somente vale com a assinatura de ambas as partes. Já para bens com baixo valor, o contrato pode ser constituído verbalmente.³⁴⁵

O preço deve corresponder à realidade do mercado, do contrário, fixando-se valor ínfimo para imóvel em desconformidade com os parâmetros dos índices de similares, o negócio pode ser anulado por transparecer simulação.³⁴⁶ Importa destacar outras regras registradas no Código Civil, artigo 488:³⁴⁷ *não sendo fixado preço no contrato, as partes se sujeitam ao preço corrente das vendas habituais do vendedor ou, havendo diversidade no preço, na falta de acordo, prevalece o valor médio*; artigo 489:³⁴⁸ *será nulo o instrumento se o preço ficar ao arbítrio de só uma das partes*.

O instrumento em tela, de acordo com suas especificidades e legislação aplicável a ele, perfaz negócio jurídico bilateral e sinalagmático, consensual, oneroso, autorizador de transferência de propriedade e de execução instantânea, em regra. A modalidade contratual mais utilizada nesse tipo de negócio é o de adesão.³⁴⁹ No item 2.2, são exploradas suas características, conceitos e demais elementos formadores do instrumento de maneira mais detalhada.

2.1.1. Promessa e Compromisso de Compra e Venda

O contrato de promessa de compra e venda de imóvel pertence à categoria dos contratos preliminares, obrigando as partes a estipular contrato definitivo de compra e venda. Isto é, a obrigação imposta é a realização de novo contrato. No primeiro, obrigam-se a contratar

³⁴⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³⁴⁶ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁴⁷ Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio

³⁴⁸ Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.

³⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

reciprocamente. No segundo, a obrigação de transferir a propriedade do bem e de pagar o preço acordado, concomitantemente. Desse instrumento, duas outras situações se formam: a promessa de compra e a promessa em vender.³⁵⁰

A promessa de compra é a declaração da parte ensejando se obrigar a comprar em prazo certo determinado bem – contrato unilateral. Essa obrigação é exclusiva do comprador, sendo eficaz somente se a outra parte, o vendedor, exigir a compra da coisa. Por outro lado, a promessa de vender – igualmente unilateral – a parte, vendedor, se obriga a vender determinado bem em prazo certo. Para sua eficácia, depende também de o comprador exercer seu direito de comprar. No caso da venda, se o vendedor descumpre sua obrigação, fica sujeito ao pagamento de perdas e danos ou por outra forma de compensação convencionada.³⁵¹ A união dessas modalidades faz nascer o contrato de promessa de compra e venda, instrumento usualmente de adesão utilizado no mercado imobiliário.

O contrato preliminar de compra e venda divide-se, por seu turno, entre contrato preliminar de compra e venda e o compromisso de venda. O primeiro, obriga ambas as partes a contratar no futuro. A faculdade de arrependimento, em sentido amplo, é implícita, salvo se houver cláusula estipulando arras penitenciais. Nesse caso, a depender de quem perdeu o interesse em manter a relação negocial, pagará as arras em dobro ao outro interessado. Preenchidas as condições do contrato e na oportunidade de se praticarem os atos necessários à efetivação das declarações de vontade das partes, leva-se o instrumento ao registro de imóvel para prevenir a venda do bem a terceiro.³⁵²

A extinção do contrato em referência pode ocorrer de quatro maneiras: *a) execução voluntária; b) execução coativa, em forma específica; c) resolução; d) dissolução por mútuo consentimento*. O instrumento – promessa de compra e venda de imóvel – é averbado no registro de imóveis, o que impõe medidas específicas para cada situação. Na execução voluntária, o registro da escritura definitiva cancela a averbação do contrato de compromisso de compra e venda, ocasião na qual o objetivo final do contrato é atingido a contento. Havendo execução coativa ou resolução, o cancelamento é feito por mandado judicial, pressupondo a existência de

³⁵⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibid.*

ação perante o Poder Judiciário. Na dissolução por mútuo consentimento, as próprias partes requerem o cancelamento do aludido registro.³⁵³

A construção do imóvel se dá por incorporação imobiliária (próximo item abordado no capítulo) e a modalidade de aquisição mais comum é por meio da utilização de financiamento. As frações ideais ou mesmo unidades autônomas são constituídas em hipoteca pela promissária vendedora em favor da instituição financeira, com a finalidade de receber os recursos financeiros para a construção do empreendimento, garantindo-se a dívida a ser adquirida pelo promissário comprador. Via de regra, a hipoteca é avençada no mesmo instrumento do financiamento.³⁵⁴

A averbação do contrato de promessa de compra e venda de imóveis no cartório enseja, também, o registro de hipoteca sobre o bem. A hipoteca é *um direito real acessório de garantia*, produzindo efeitos a partir do seu registro. Insta salientar que o Superior Tribunal de Justiça entende não ser determinante o *ato registral da promessa de compra e venda* para permitir ao adquirente exercer direitos para proteção do bem, como oposição de embargos de terceiro,³⁵⁵ conforme estipulado pela Súmula 84.³⁵⁶ O agente financeiro responsável por *emprestar* o dinheiro ao promissário comprador, recebe remuneração pelos juros decorrentes da divisão parcelada do valor total da unidade autônoma, transferindo a fração ideal e a unidade ao promissário comprador. O pagamento, portanto, é das prestações do financiamento não do imóvel em si. No caso de inadimplência do adquirente, a instituição financeira pode executar as prestações vencidas, recaindo o penhor sobre o imóvel hipotecado.³⁵⁷

Outra modalidade aplicável a esse tipo contratual é a alienação fiduciária, estabelecida na Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 (Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências). O artigo 22 prevê ser *o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. A*

³⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*. 10. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

³⁵⁵ Código de Processo Civil, artigo 674: Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

³⁵⁶ Súmula 84, do Superior Tribunal de Justiça: É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.

³⁵⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*. 10. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

esse contrato, que serve como título,³⁵⁸ por força da lei em referência, deverá conter o seguinte conteúdo: i) o valor da dívida; ii) prazo e condições de pagamento do empréstimo ou do crédito fiduciário; iii) taxa de juros e demais encargos; iv) *a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição*; v) cláusula para assegurar a livre utilização do bem enquanto for adimplente; vi) *a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão*.³⁵⁹

Diferente do que ocorre nos casos de hipoteca, onde a propriedade é transferida para o adquirente mesmo sem o pagamento total do valor acordado, na alienação fiduciária, a propriedade permanecesse com a instituição financeira ou com a incorporadora do empreendimento se assim assumir a função de financiadora do imóvel. A transmissão da titularidade somente ocorre após a conclusão do pagamento da última parcela ou da quitação do preço.³⁶⁰ Em todos os casos, contrato de promessa de compra e venda de imóvel, financiamento por hipoteca ou alienação fiduciária, o tipo de instrumento utilizado é o de adesão, o qual permite imprimir maior celeridade e volume nas contratações entre as partes.

2.1.2. Contrato de Incorporação Imobiliária

A edificação em condomínios foi a solução encontrada para centros urbanos mais populosos e concentrados, sendo operacionalizada por intermédio do contrato de compra e venda de imóvel. Pela frequência utilizada pelo mercado dessa modalidade de construção, o contrato de incorporação imobiliária foi tipificado na Lei³⁶¹ nº 4.591, de 16 de dezembro de 1.964 – *Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias*.

O contrato obriga alguém a *promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas para distintos adquirentes da respectiva fração ideal do terreno, sob o regime de*

³⁵⁸ Lei nº 9.514, artigo 23: Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

³⁵⁹ ALMEIDA, Washington Carlos de. *Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

³⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*. 10. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

³⁶¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

condomínio especial, com finalidade residencial ou não.³⁶² As partes que o compõe são o incorporador e o adquirente ou promitente comprador. O incorporador pode ser tanto pessoa física ou jurídica, mas em regra a atividade é desenvolvida como empresa. Somente podem figurar como incorporador o proprietário do terreno, o promitente comprador – com cláusula de irretratabilidade –, o construtor e o corretor de imóveis. Tanto o construtor quanto o corretor recebem poderes para cumprir a obrigação por meio de procuração em instrumento público.³⁶³

O incorporador nem sempre é responsável pela construção, isto é, pelas *operações materiais da construção do edifício*, contratando terceiros, por empreitada ou por administração para tal finalidade. Ele não é necessariamente o construtor civil, sua obrigação é promover a construção, direta ou indiretamente. Se de maneira indireta, corre pelo contrato de empreitada ou de administração, não sendo absorvido pelo de incorporação, mantendo-se a autonomia desses. Se o bem não for construído, pode uma decisão judicial obriga-lo a construir às suas expensas. Do outro lado da relação, pessoas físicas ou jurídicas com intenção de adquirir uma ou mais unidades, firmam contrato de compra ou de promessa de compra. Entretanto, para configurar esse tipo contratual, as unidades devem ser autônomas, do contrário haveria pluralidade de compradores, coproprietários de frações ideais do bem. Juridicamente, o contrato somente é possível a partir do projeto ou durante sua construção. Destarte, são partes *um incorporador e um pretendente a proprietário de unidade* autônoma.³⁶⁴

A venda das unidades autônomas ocorre, em princípio, por meio da atuação do corretor de imóveis, definido como *pessoa não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência*, obrigando-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.³⁶⁵ O corretor desempenha atividade econômica, exclusiva dessa categoria profissional de intermediação do negócio jurídico em

³⁶² Lei nº 4.591/64: Art. 1º As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma sujeita às limitações desta Lei.

§ 1º Cada unidade será assinalada por designação especial, numérica ou alfabética, para efeitos de identificação e discriminação.

§ 2º A cada unidade caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária

³⁶³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

referência, com o objetivo de vender, locar ou administrar mediante recebimento de comissão.³⁶⁶

O contrato de adesão é utilizado nessa modalidade por necessidade de uniformização de suas cláusulas, pois os compradores não são um grupo organizado, em que pese igual situação perante o incorporador. Os contratos firmados, assim, não são exclusivos, constituindo vários e independentes entre si, contendo o interesse comum dos compradores, estabelecendo as prestações e contraprestações de cada parte. Sua estrutura é composta pela alienação da fração do terreno, da construção do edifício e do tipo condominial a ser constituído – residencial ou comercial.³⁶⁷

Não fosse a definição positiva na lei supracitada, o contrato seria atípico e misto, em decorrência das peculiaridades presentes nos outros contratos típicos, como a compra e venda, promessa de venda, empreitada, prestação de serviços e a organização de condomínio especial – atípico, nesse último caso. O contrato de incorporação imobiliária é composto, obrigatoriamente, de direito real ao promitente comprador da fração ideal do terreno ou da constituição em quota-parte que, por sua vez, deverá ser transmitida ao comprador, vez somente ao condômino do terreno ser possível manter a propriedade da unidade construída.³⁶⁸

O objeto da prestação do incorporador, além da própria construção, é a de entregar *unidade integrante de um só edifício com a respectiva fração ideal do terreno*, casa térrea em terreno comum, destacando-se parte ocupada no solo para representar fração ideal e *unidade autônoma de um dos edifícios de dois ou mais pavimentos*, constituídos por um conjunto correspondente à *fração ideal distribuída na totalidade do terreno*. Por unidade autônoma, entende-se pavimento, loja, apartamento residencial, conjunto de salas, garagem, terraço de cobertura, boxe etc., tudo que possa ser de propriedade exclusiva no condomínio.³⁶⁹

As obrigações legais, à parte das contratuais, são as de inscrever a própria incorporação no registro imobiliário³⁷⁰ e *consignar nos documentos preliminares o prazo de carência*.³⁷¹

³⁶⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário: Teoria e Prática*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985660/>. Acesso em: 15 Oct 2020.

³⁶⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ *Ibid*.

³⁷⁰ Lei nº 4.591/64: Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: (sic)

³⁷¹ Lei nº 4.591/64: Art. 32.[...]

n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34);

Após o prazo de carência ou do lançamento do empreendimento, por lei é obrigado a indicar o número de registro arquivado em cartório,³⁷² os responsáveis pelo custeio da construção,³⁷³ a existência de ônus real ou fiscal,³⁷⁴ modo de pagamento do preço da construção, o custo da fração ideal³⁷⁵ e a dar andamento regular à obra.³⁷⁶ Já na sua conclusão, deverá providenciar a averbação da construção e a elaboração do instrumento de condomínio.³⁷⁷ O condomínio, registre-se, trata da comunhão de domínio, em razão da titularidade de várias pessoas sobre um mesmo bem, atribuindo, a todos, direitos iguais. O efeito desse direito pode ser oposto contra terceiros, inclusive contra outros condôminos, conforme quota disponibilizada para cada proprietário de unidade autônoma em relação às áreas de uso comum.³⁷⁸

Tais obrigações legais sequer se inserem no conteúdo do contrato, pois o incorporador somente pode ocupar tal posição se cumprir as exigências da lei. Esse ônus, entretanto, salvo omissão de má-fé, caso inadimplido, não torna o contrato anulável, nulo ou resolúvel e nem impõe sanções ao incorporador. Por outro lado, a falta de diligência dessa parte no bom andamento das obras, pode acarretar seu afastamento pelos adquirentes, *sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal* cabíveis. Igualmente, considerando ser a averbação indispensável, prejuízos decorrentes da demora no ato enseja reparação por perdas e danos.³⁷⁹

Concluída a obra, por lei, o incorporador é obrigado a elaborar o instrumento do condomínio, instituindo-o, especificando-o e discriminando as frações ideais do terreno e as

³⁷² Lei nº 4.591/64: Art. 32.[...]

§ 3º O número do registro referido no § 1º, bem como a indicação do cartório competente, constará, obrigatoriamente, dos anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos, preliminares ou definitivos, referentes à incorporação, salvo dos anúncios “classificados”. (sic)

³⁷³ Lei nº 4.591/64: Art. 32.[...]

§ 6º Os Oficiais de Registro de Imóveis terão 15 dias para apresentar, por escrito, tôdas as exigências que julgarem necessárias ao arquivamento, e, satisfeitas as referidas exigências, terão o prazo de 15 dias para fornecer certidão, relacionando a documentação apresentada, e devolver, autenticadas, as segundas vias da mencionada documentação, com exceção dos documentos públicos. Em casos de divergência, o Oficial levantará a dúvida segundo as normas processuais aplicáveis. (sic)

³⁷⁴ Lei nº 4.591/64: Art. 37. Se o imóvel estiver gravado de ônus real ou fiscal ou se contra os alienantes houver ação que possa comprometê-lo, o fato será obrigatoriamente mencionado em todos os documentos de ajuste, com a indicação de sua natureza e das condições de liberação. (sic)

³⁷⁵ Lei nº 4.591/64: Art. 41. Quando as unidades imobiliárias forem contratadas pelo incorporador por preço global compreendendo quota de terreno e construção, inclusive com parte de pagamento após a entrega da unidade, discriminar-se-ão, no contrato, o preço da quota de terreno e o da construção.

³⁷⁶ Lei nº 4.591/64: Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

I - informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra;

³⁷⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³⁷⁸ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*, 12ª edição. Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000337/>. Acesso em: 15 Oct 2020.

³⁷⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário: Teoria e Prática*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985660/>. Acesso em: 15 Oct 2020.

partes de propriedade exclusiva e comum. Na falta desse documento, os adquirentes das unidades autônomas podem, por meio de ação de obrigação de fazer, compelir o incorporador. Posteriormente, o documento deverá ser inscrito no registro de imóveis. Por sua vez, as obrigações contratuais do incorporador são: i) transferência da fração ideal vendida como vendedor ou procurador do proprietário do terreno; ii) averbar a escritura definitiva da venda da fração ideal e transmitir a propriedade; iii) iniciar construção do edifício dividindo-o em unidades autônomas, especificando o plano de obra e as condições da construção; iv) averbar e entregar as unidades vendidas aos adquirentes.³⁸⁰

O incorporador tem o compromisso de entregar a escritura definitiva da venda da unidade autônoma, que geralmente é concomitante com a conclusão da obra e do pagamento da última parcela, transferindo-se a propriedade com a averbação do contrato juntamente ao registro da incorporação, perfazendo obrigação de fazer. Não sendo quitado o preço, convencionam as partes pela prorrogação do prazo para averbar *a construção em nome do promissário-comprador na qualidade de adquirente*. No contrato, também constam cláusulas relacionadas ao condomínio, eventuais modificações do projeto e os serviços de revisão. A construção da obra, igualmente obrigação de fazer, não se confunde com os demais contratos autônomos firmados entre incorporadora e terceiros, quais sejam os de empreitada ou administração, com engenheiro civil ou empresa de engenharia, os quais ensejam obrigação de resultado.³⁸¹

A obrigação do promissário-comprador, por sua vez, é o pagamento do preço referente à fração ideal do terreno e da construção. Via de regra, a aquisição é feita por meio das arras confirmatórias – sinal –, comprometendo-se o comprador a efetuar o pagamento das parcelas registradas sob notas promissórias. Em caso de atraso, é comum a adoção de cláusulas de juros e multa, podendo-se, ainda, estipular correção monetária em caso de impontualidade.³⁸² Nesse sentido, a pena convencional ou multa contratual – cláusula penal –, apresentada no item 2.3.2 deste capítulo, é a obrigação acessória que visa evitar o inadimplemento ou sua demora, como uma espécie de reforço ao pacto obrigacional, fixando possíveis perdas e danos,³⁸³ a qual gerou larga discussão nos tribunais. Geralmente, é estabelecida apenas em desfavor do promissário-

³⁸⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² *Ibid*.

³⁸³ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

comprador em caso de atraso no pagamento, sem sua contrapartida em relação à vendedora; no caso de atraso na entrega da obra e está prevista no Código Civil, artigos 408 a 416.

2.2. Contrato de Adesão

O instrumento está previsto no Código Civil, artigos 423³⁸⁴ e 424,³⁸⁵ bem como no Código de Defesa do Consumidor, artigo 54.³⁸⁶ O Código Civil é mais generalista ao estabelecer, apenas, a forma de interpretação mais favorável ao aderente em caso de cláusulas ambíguas ou contraditórias e a nulidade de cláusulas acerca de renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Já o Código de Defesa do Consumidor, descreve o contrato como o instrumento cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem a possibilidade de o consumidor discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Aduz, ainda, que sua natureza de adesão não é prejudicada se houver inserção de cláusulas no instrumento. A redação deve ser em termos claros, legíveis e capazes de promover a compreensão pelo consumidor, destacando-se, principalmente, cláusulas relacionadas à limitação de direito.

De acordo com os elementos apresentados o item anterior, o contrato de adesão é de complexa definição e de difícil explicação ou classificação, por não se ajustar adequadamente às estruturas contratuais. Inclusive, uma de suas características precípuas, pré-constituição dos termos por uma das partes, sem a possibilidade de discussão prévia à sua formação, é controvertida. A imposição da vontade de uma parte à outra estrutura, essencial nesse instrumento, deforma a própria estrutura contratual.³⁸⁷

A adesão é a única forma de consentimento permitido à parte contratante, em decorrência da obrigatoriedade de se acatar as cláusulas estabelecidas pelo estipulante, restando a opção de aderir ou não à situação contratual. Por isso, pelo viés da formulação das cláusulas por apenas uma das partes, a relação contratual é chamada de *condições gerais dos contratos*.

³⁸⁴ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

³⁸⁵ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

³⁸⁶ Art. 54. 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.

³⁸⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

Quanto à efetividade é denominado de contrato de adesão, examinando-se pelos instrumentos formadores das relações jurídicas bilaterais. Esses dois aspectos se dão em momentos lógico e cronológico diversos. O primeiro se dá quando da formulação do contrato pelo estipulante, cujas cláusulas são uniformes e destinadas a pessoas indeterminadas. O segundo, na ocasião da adesão pelo consumidor, nasce a relação jurídica *de caráter negocial, com direitos e obrigações correlatas, sem qualquer conexão jurídica com os outros vínculos que, do mesmo modo e com igual conteúdo, se formam com distintos sujeitos*.³⁸⁸

A definição e qualificação do contrato de adesão, após essa breve exposição, é toda relação jurídica bilateral onde incide o consentimento de uma das partes para aprovar integralmente as cláusulas estipuladas unilateralmente, com uniformidade e abstratividade. Para ilustrar onde podem ser encontrados, citam-se: o contrato de seguro, de transporte, de fornecimento de água, luz, serviços de telefonia, alguns contratos bancários e o contrato de trabalho. Em relação a esse último, não é contrato de adesão se o empregado estiver em condições de negociar e discutir condições laborais.³⁸⁹ O instrumento, então, é um contrato padronizado em razão do tipo de negócio entabulado, bem como das partes que estão realizando esse negócio jurídico, cujos termos seguem a orientação econômico-social do momento social em que se encontram. A produção em massa foi a grande responsável pela mecanização da produção e da contratação, por assim dizer.³⁹⁰

A pré-formulação de cláusulas, características desse tipo, intentam disciplinar de modo uniforme e mais ou menos exaustiva as relações jurídicas a serem estabelecidas com os contratantes. O consumidor que opta por contratar por meio desse tipo de instrumento não possui nenhuma capacidade de discussão dos termos ou cláusulas, ainda que lhes seja desfavorável, podendo escolher, unicamente em caso de discordância, não contratar. Esse tipo de contrato é utilizado atualmente pela maioria dos fornecedores e produtores de grandes quantidades, com atuação nos mais variados ramos da economia. O tratamento, portanto, é isonômico a todos os contratantes.³⁹¹

São contratos que colocam uma das partes em flagrante desequilíbrio na relação, principalmente na de consumo, como é comumente verificado nos contratos por adesão,

³⁸⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldo. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

³⁹¹ *Ibidem*.

publicidade de ofertas abusivas ou imprecisas, compra em local diverso do funcionamento do estabelecimento comercial, dentre outras. O Código de Defesa do Consumidor, anteriormente citado, portanto, tem o fundamento de evitar lesão ou onerosidade excessiva ao consumidor, impedindo práticas não aceitas pelos princípios³⁹² expostos no item 1.3, do Capítulo 1.

O instrumento se caracteriza mais por sua forma do que pelos seus termos, seu conteúdo. Cláusulas dúbias ou ambíguas, abusivas, lacunas de regulamentação quanto às garantias e direitos do aderente, bem como falta de legibilidade, são peculiaridades da *forma*.³⁹³ Entretanto, o artigo 47,³⁹⁴ do Código de Defesa do Consumidor, impõe que as cláusulas contratuais, em qualquer contrato em que haja relação de consumo, serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, por ser esse a parte considerada hipossuficiente, mais vulnerável da relação. Os contratos de adesão, assim, regulam integralmente a relação entre predisponente e o aderente, conquanto o normativo supõe prévia discussão e explicação dos termos entre as partes.

À luz da autonomia privada, considerando que a forma desse instrumento não permite o questionamento de seus termos, no sentido de alterar as cláusulas, cujas regras advêm da supremacia de uma das partes, unilateralmente, a autonomia privada apenas cria a lei entre as partes, isto é, *fatispécies* que geram vínculos entre si. Em decorrência da impossibilidade de discussão de todas as cláusulas, o Código de Defesa do Consumidor protege o aderente em relação àquelas consideradas abusivas ou nulas, além de outras leis esparsas no ordenamento jurídico brasileiro. O contrato de adesão é, também, uma forma negocial imperativa, cujos efeitos jurídicos, entretanto, vinculam as partes ao adimplemento das obrigações entabuladas. Também deve observar os ditames e limites legais impostos. A lei evita que essa desproporção entre as partes culmine em abusividade ou lesão a direito do aderente.³⁹⁵

A liberdade em contratar permite escolher: (a) *se deve contratar ou não*; (b) *com quem contratar*; (c) *que tipo de contrato escolher para a satisfação de suas necessidades*.³⁹⁶ Por tal motivo, deve o aderente pelo menos conhecer a essência do contrato, sem que seja necessário o estudo exaustivo das cláusulas nele escritas. O conhecimento é regido pela razoabilidade, o que se espera de um homem médio – cujo comportamento é adequado às exigências sociais, as

³⁹² GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁹³ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

³⁹⁴ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

³⁹⁵ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

³⁹⁶ *Ibidem*.

atitudes e ações são tomadas com a devida prudência e são adotados cuidados suficientes e razoáveis. O estipulante apresenta os termos e o aderente – consumidor – manifesta seu consentimento, conhecendo, apenas, das cláusulas gerais e o objeto final do contrato. Todas as diferenças entre os contratantes e estipulantes, as que não sejam razoáveis, são dispensadas, no sentido de que não é necessário especificar exaustivamente as cláusulas.³⁹⁷

O modo de formação do instrumento, em regra, não comporta negociações preliminares, restando ao contratante informar seus dados pessoais. A legislação permite a inserção ou alteração de cláusulas gerais se as partes assim o quiserem, sem remover, no entanto, sua característica de contrato de adesão, nos termos do § 1º,³⁹⁸ do artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor. A iniciativa para contratar pode se dar pela estipulante, ao realizar a oferta ao público ou pelo consumidor, pelo convite à oferta. O mais comum é o consumidor declarar sua vontade de aceite da oferta ao público, primeira situação. A outra ocorre quando o contratante procura a estipulante e esse aceita contratar. Nesse ponto, salienta-se que a estipulante não pode se recusar a contratar, pois ela própria estabeleceu as condições de sua prestação ofertada e, por isso, incide a obrigação de contratar.³⁹⁹

O contrato de adesão apresenta ainda, como elemento inato, a possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial por quem faz a oferta ao público. Essa oferta, ou contrato potencial, não permite modificação de nenhuma cláusula ou condição e nem sua discussão, vez ser idêntica a todos os potenciais contratantes. Logo, incide a uniformidade, a predeterminação e a rigidez. A uniformidade é exigência do cenário econômico atual, permitindo seu desenvolvimento mais rapidamente. Do contrário, seria impraticável estipular contratos individualmente com a celeridade necessária que o mercado requer. A predeterminação é o método objetivo idôneo para atingir a finalidade, correlacionando-se mutuamente à uniformidade. Por seu turno, a rigidez das condições gerais do contrato decorre da impossibilidade de alteração de suas cláusulas, é desdobramento da uniformidade.⁴⁰⁰

³⁹⁷ CAPIBERIBE, Denise de Araújo. *O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do novo Código Civil*. 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13. 2v. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>. Acesso em setembro de 2020.

³⁹⁸ Art. 54. 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.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

³⁹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

De toda forma, torna-se mais fácil identificar esse tipo de instrumento se considerar sua circunstância, onde a quem é proposto não pode deixar de contratar. Isto é, a necessidade em atingir um objetivo ou satisfazer um interesse não pode ser alcançado por outra maneira. Se a intenção é contratar um serviço de prestação de televisão por assinatura, a alternativa é aderir aos termos contratuais ou simplesmente não contratar. Esse *constrangimento* imposto a quem deseja contratar é comum nas situações em que uma das partes detém um monopólio de fato ou de direito sobre bens ou serviços, onde o estipulante pretende realizar operações em massa.⁴⁰¹ Salienta-se que determinados serviços são prestados por várias empresas, como é o caso dos serviços aéreos, telefonia, internet, dentre outros, não retirando a característica contratual de adesão.

O Poder Legislativo edita medidas imperativas para impedir que a supremacia do estipulante resulte em cláusulas contratuais arbitrárias, no intuito de reduzir possíveis abusos para proteger o consumidor, em flagrante posição de desigualdade. Tais medidas implicam em prévia aprovação dos termos contratuais no caso de oferta à coletividade ou, no caso de prestação de serviço público, normas aptas a limitar o arbítrio do concessionário, além de definir cláusulas essenciais com o fim de conferir maior segurança aos usuários quando da adesão. Para proibir a exploração desmedida por parte do estipulante, concessionário, eventuais cláusulas que versem sobre *limitação de responsabilidade, restrição à liberdade contratual das relações com terceiros, prorrogação do contrato, cláusulas de compromisso ou derrogação da competência da autoridade judiciária*, devem ser aprovadas expressamente pela autoridade responsável.⁴⁰²

Dois tipos de cláusulas estão presentes no instrumento: as essenciais e as acessórias. As essenciais, manuscritas ou datilografadas, são particulares ao caso concreto, permitindo certa liberdade no ajuste ou variação durante as tratativas. As acessórias, impressas, são inalteráveis e uniformes e, por isso, geralmente são pouco compreendidas pelo contratante em relação ao alcance e ao teor. Questão primordial é o fato das cláusulas acessórias terem o condão de alterar profundamente a essência do contrato, *tirando, muitas vezes, grande parte de sua utilidade, ou sendo muito rigorosas e, até, draconianas*.⁴⁰³

⁴⁰¹ GOMES, Orlando. Contratos. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ *Ibid.*

Caso o contrato resulte em discussão jurídica perante o Poder Judiciário, o juiz precisará encontrar caminhos para impedir os efeitos nocivos dessas últimas, que podem desvirtuar a essência das cláusulas essenciais ou operarem com plena eficácia em que pese o desconhecimento pela parte contratante. Frise-se que as cláusulas acrescentadas prevalecem em caso de incompatibilidade entre essas e as cláusulas impressas. Por tais motivos, partindo-se do pressuposto do predomínio da parte estipulante, a interpretação do contrato de adesão deve ser feita contra a parte que as ditou, a teor do artigo 424,⁴⁰⁴ do Código Civil.⁴⁰⁵

A intervenção judicial nas relações privadas provenientes de contratos de adesão não se dá de forma livre, pois isso resultaria em insegurança nesse tipo. Ademais, o poder do magistrado é moderado, devendo ser utilizado sob a luz da boa-fé apenas para impedir abusos e deformações, vez que as cláusulas rigorosas *são necessárias à consecução dos fins perseguidos pelos contratos de adesão em série*. A interpretação, portanto, não é feita da mesma maneira em relação aos contratos comuns, admite-se certa liberdade.⁴⁰⁶ Essas peculiaridades e diferenciações são necessárias para compreender melhor os Recursos Repetitivos apresentados no Capítulo 3, justamente sobre contratos de adesão e a possibilidade de inversão de cláusula estipulada unilateralmente em desfavor do aderente.

2.3. Contratos de Consumo

O contrato de adesão, portanto, é formado levando em consideração princípios e fundamentos constitucionais, bem como respeitando as demais leis existentes acerca da matéria. O Código de Defesa do Consumidor é claro ao definir os regramentos norteadores do contrato de adesão. A declaração de vontade da parte adquirente, o consumidor, deve ser interpretada, vista dentro do limite da razoabilidade, segundo o que se espera do próprio instrumento, isto é, que ambas as partes cumpram o estipulado. Daí porque é importante que o contrato contenha cláusulas expressas e de fácil compreensão, não podendo omitir, restringir ou abonar a responsabilidade do fornecedor nos casos previstos naquele código. Portanto, acaso a declaração contenha alguma falha, ou seja, a compreensão não tenha sido possibilitada em sua forma plena, haverá um erro no contrato, um erro na cognoscibilidade, possibilitando,

⁴⁰⁴ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

⁴⁰⁵ GOMES, Orlando. Contratos. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

eventualmente, sua anulação, preservando-se os direitos do consumidor.⁴⁰⁷ As partes devem guardar a boa-fé na contratação, posto que um confia no outro para a realização satisfatória do negócio.

A proteção conferida pela lei tem por objetivo determinar ao estipulante *tornar clara e inequívoca a sua declaração*, aumentando-se a tutela da confiança ao aderente, com a finalidade de afastar as cláusulas abusivas – previstas no Código de Defesa do Consumidor a partir do artigo 51. Como desdobramento da declaração da vontade, qualquer erro nesse cenário pode ensejar a anulação do contrato, porém de forma mais limitada e mais restrita, somente quando se verificar a ocorrência de situações que se insiram na proteção contratual prevista pelo código em referência.

Os erros cabíveis ao estipulante são *erro-obstáculo, erro na expressão de vontade, quando se trate do uso de expressões de linguagem, que não refletirem fielmente o seu pensamento*. Já o aderente, pode evocar o erro nos casos de erro-vício, quando se determina de modo errado o objeto ou a natureza do contrato, por exemplo, bem como o erro que interfere na formulação do consentimento, ao emitir declaração de aceitação na percepção errônea sobre o sentido e o alcance de certas expressões utilizadas pelo estipulante, descobrindo, ao final, que o contrato fora firmado com sentido divergente, atribuído unilateralmente pelo estipulante, podendo lhe causar graves prejuízos.⁴⁰⁸

Cláusulas que dificultem a compreensão ou que não sejam explicitadas corretamente ao aderente, sequer recorrem à teoria alhures, posto que o Código de Defesa do Consumidor limita a incidência dessa teoria nos contratos de adesão. Entretanto, havendo erro justificável, o negócio jurídico pode ser anulado. Isso porque os contratos não podem ser anulados sob a mera alegação de má-compreensão ou erro na interpretação, o que dificultaria a transferência de riquezas.⁴⁰⁹

O aderente, portanto, deve conhecer pelo menos a essência do contrato, sem que seja necessário o estudo exaustivo das cláusulas nele escritas. O conhecimento é regido pela razoabilidade, o que se espera de um homem médio: o estipulante apresenta os termos e o aderente manifesta seu consentimento, conhecendo, apenas, as cláusulas gerais, o objeto final do contrato. Todas as diferenças entre os contratantes e estipulantes, as que não sejam razoáveis,

⁴⁰⁷ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

são dispensadas, no sentido de que não é necessário especificar exaustivamente as cláusulas, bem como não é necessário saber a fundo todas essas.⁴¹⁰

O dever de cooperação econômica une as partes contratantes e se traduz em interesse público, de toda a sociedade. De maneira que os contratos entabulados sejam respeitados e cumpridos a contento, podem-se listar três características acessórias principais a eles inerentes: i) a cooperação tem caráter central no contrato; ii) um princípio subsidiário deve ser invocado apenas para preencher lacunas que os outros princípios (autonomia da vontade, vinculatividade da obrigação etc.) não forem suficientes para tanto, tornando-se princípio básico do contrato relacional; iii) o dever de solidariedade consiste em obrigação moral e legal de agir segundo os valores sociais, devendo-se desconsiderar elementos individualistas de *maximização de interesses de caráter econômico*.⁴¹¹

2.3.1. Delimitações Gerais

O Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo 1º,⁴¹² do artigo 54, menciona que a inserção de uma cláusula ao contrato de adesão não desfigura sua natureza. Isso significa que, na remota hipótese do estipulante permitir a inclusão de uma ou mais cláusulas no instrumento entabulado, o contrato permanece sendo de adesão, e deve, de igual maneira, respeitar os limites legalmente impostos.

Espera-se desses contratos a premissa de que as partes discutiram seus termos e chegaram ao entendimento mútuo. A autonomia privada, requisito básico de qualquer contrato, resta limitada, vez que essas regras advêm da supremacia de uma das partes, unilateralmente, daí porque a lei deve proteger o aderente em relação às cláusulas abusivas ou nulas, se for o caso. É uma forma negocial imperativa, cujos efeitos jurídicos, entretanto, vinculam as partes ao adimplemento das obrigações entabuladas. O instrumento, ainda, deve observar os ditames e limites legais impostos, no caso principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor. A lei evita que essa desproporção entre as partes culmine em abusividade ou lesão a direito do aderente.⁴¹³

⁴¹⁰ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁴¹¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁴¹² Art. 54. [...]

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

⁴¹³ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

O poder de autodeterminação da pessoa permite escolher: (a) se deve contratar ou não; (b) com quem contratar; (c) que tipo de contrato escolher para a satisfação de suas necessidades. Ainda que em posição inferior, o aderente fica protegido pelo controle estatal livre para manifestar sua autonomia privada negocial.⁴¹⁴ Por outro lado, mister destacar que a forma contratual em referência facilita o cotidiano tanto de empresas quanto dos consumidores, considerando que os termos contratuais – na prática ou apenas em tese – já foram objeto de questionamento internamente pelo proponente, quando da discussão de suas cláusulas com os contratantes e por parte de eventual agência reguladora na área específica.⁴¹⁵

Imagine discutir todas as cláusulas, uma a uma, analisando sua redação e a forma em registrar o pedido do proponente e do adquirente. Seria impossível contratar com a velocidade necessária para a realização da maioria das tarefas comuns, como serviços telefônicos, energia, água etc. Supletivamente, existe o controle do próprio Estado, que mantém ou restabelece o equilíbrio contratual, especialmente por edição de normas que, geralmente, protegem o consumidor. Evitar o desequilíbrio entre as partes é uma via de mão dupla, podendo proteger o consumidor de cláusulas consideradas abusivas, a seguir tratadas, bem como proteger a empresa que não teve a contraprestação adimplida, quando o contratante não efetua o pagamento pelos serviços, por exemplo.⁴¹⁶

Não sendo as cláusulas do contrato de adesão *discutíveis*, em relação às potencialmente abusivas, em princípio, serão seus termos considerados como não escritas ou não existentes no instrumento. Podem ser identificadas, também, como vexatórias, como *aquelas que agravam a situação do aderente*, consoante entendimento do direito italiano.⁴¹⁷ Estas podem acarretar danos a toda sociedade, por elevar a desigualdade entre as partes para muito além do razoável ou aceitável, daí porque a legislação brasileira previu regras e sanções específicas quanto ao tema, tanto no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor – das cláusulas abusivas –, quanto no artigo 421,⁴¹⁸ do Código Civil – da função social.

⁴¹⁴ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁴¹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁴¹⁶ OSTROWSKI, Antonio E. B., SANTANA, Héctor V. *A inversão das cláusulas contratuais em favor do consumidor nos contratos de adesão*. Artigo. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 7, p. 52446-52461, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/14057/11754>. Acesso em setembro de 2020.

⁴¹⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴¹⁸ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Diante da ausência de flexibilização possível ao aderente, considerando que ao comprador resta apenas a opção de contratar ou não,⁴¹⁹ busca-se com este trabalho verificar a possibilidade e qual a consequência jurídica da inversão das cláusulas contratuais previstas apenas em favor da estipulante, especialmente da cláusula penal nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, fonte geradora de discussões por aplicar dura sanção ao consumidor em caso de rescisão contratual ou por inadimplemento no pagamento das prestações mensais,⁴²⁰ situação analisada no Capítulo 3.

2.3.2. Cláusula Penal

Medida sancionatória de raízes romanas, era estipulada a partir do interesse do credor em obrigar o adimplemento contratual. Inicialmente, o descumprimento era considerado injustiça, ou até mesmo crime, e a cláusula se revestia de natureza de pena para reprimir o delito. Os canonistas, na Idade Média, associaram a cláusula à indenização, para coibir as *tentativas de fuga da proibição à usura*. Na atualidade, formou-se a opinião de que a cláusula cumpre a dupla função de prevenir e punir – coercitivamente ou compulsoriamente – o inadimplente ou o devedor no caso de mora, com o fim de servir como sanção e *liquidação antecipada do dano*, não se confundindo com a indenização pura e simples.⁴²¹

Enquanto meio de coerção, ou intimidação, a cláusula penal desempenha função de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Pelo viés de prefixação das perdas e danos, ou ressarcimento, é uma consequência do inadimplemento contratual. O pressuposto é permitir a livre convenção das partes acerca de eventual prejuízo em virtude do inadimplemento, com valor pré-fixado, sem carecer de prova para haver direito à multa, consoante artigo 416,⁴²² do

⁴¹⁹ FREITAS, Luiza Cristina. *Promessa de compra e venda celebrada entre consumidor e incorporadora e/ou construtoras: um estudo a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Artigo. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/6603/pdf>. Acesso em setembro de 2020.

⁴²⁰ OSTROWSKI, Antonio E. B., SANTANA, Héctor V. *A inversão das cláusulas contratuais em favor do consumidor nos contratos de adesão*. Artigo. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 7, p. 52446-52461, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/14057/11754>. Acesso em setembro de 2020.

⁴²¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

⁴²² Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

Código Civil,⁴²³ que, inclusive, veda a possibilidade de indenização suplementar se assim não for convencionado. Se convencionada, a pena serve como valor mínimo da indenização, competindo ao credor provar outros prejuízos.

Por ter sido estabelecida de comum acordo, não se pode alegar o excesso ou a insuficiência. A opção para o credor seria pleitear perdas e danos, nas figuras do dano emergente e do lucro cessante, fazendo prova do alegado.⁴²⁴ A cláusula serve como punição pelo descumprimento e compensação previamente fixada, mas veda-se, a cumulação com perdas e danos, conforme se demonstrará no Capítulo 3, onde a discussão judicial dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, resultou no entendimento de que os lucros cessantes não seriam devidos nos casos de atraso de entrega do imóvel em havendo a cláusula penal, cuja intenção é indenizar, ainda que estipulada em desfavor do consumidor.⁴²⁵

O valor atribuído à cláusula penal somente pode ser revisto por meio da intervenção do Estado nos seguintes casos: i) se ultrapassar o limite legal – o valor não pode ser superior ao valor da obrigação principal, artigo 412,⁴²⁶ do Código Civil; ii) se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte – redução equitativa pelo juiz – e se em razão da natureza e finalidade do negócio, o valor da penalidade se mostrar manifestamente excessivo – ambas as hipóteses do artigo 413,⁴²⁷ do Código Civil. Em relação aos dois casos citados acima, o juiz tem o dever de reduzir o valor da cláusula penal. Primeiro porque o próprio artigo 413, do Código Civil, alude que *a penalidade deve ser reduzida*, segundo, porque trata-se a parte que cumpriu parcialmente sua obrigação de maneira diferida do devedor integral, por assim dizer.⁴²⁸

Geralmente, esse valor é fixado em dinheiro, permitindo-se a adoção alternativa como *a entrega de uma coisa, a abstenção de um fato ou a perda de algum benefício*. Tanto pode ser estipulada com a obrigação principal quando em ato posterior – artigo 409,⁴²⁹ do Código Civil

⁴²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ BRASIL. Segunda Seção fixa teses sobre penalidades por atraso na entrega de imóvel. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Segunda-Secao-fixas-teses-sobre-penalidades-por-atraso-na-entrega-de-imovel.aspx>. Acesso em maio de 2020.

⁴²⁶ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

⁴²⁷ Art. 413. 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-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

⁴²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴²⁹ 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.

–,⁴³⁰ mas, obviamente, *antes do descumprimento da obrigação principal, sob pena de deturpação de sua função*.⁴³¹ A cláusula penal não se confunde com a obrigação principal, conforme interpretação dos artigos 411,⁴³² 412⁴³³ e 413,⁴³⁴ do Código Civil. Sua natureza é, portanto, acessória; se a obrigação principal é cumprida, extingue-se a cláusula. De igual maneira, se a obrigação principal for declarada inválida, a cláusula penal também será, mas o contrário, cláusula acessória inválida, não implica na invalidade da principal, segundo o artigo 184,⁴³⁵ do Código Civil – o acessório segue o principal.⁴³⁶ A exigibilidade de sua eficácia por uma das partes somente ocorre se o inadimplemento for culposo ou se o devedor incorrer em mora perante à obrigação –⁴³⁷ artigo 408,⁴³⁸ do Código Civil.

A isso sucedeu a confusão entre a função punitiva (moratória) e a função compensatória, gerando, deste modo, a necessidade de se diferenciar a atribuição coercitiva ou compulsória, a exemplo do direito alemão – sanção convencional da mera liquidação antecipada da indenização – e da *common law* – cláusulas de penalidade das cláusulas de danos liquidados. O resultado é a divisão em três tipos de espécies de cláusula penal: i) fixação antecipada do montante da indenização, disciplinada pela legislação; ii) ajuste entre as partes com força puramente compulsória, acrescentada à *execução específica da prestação ou à indenização pelo não cumprimento*; iii) obrigação em sentido estrito como pena alternativa em favor do credor ante o inadimplemento. As últimas duas não são cláusulas de pré-liquidação das perdas e danos, sendo possível perseguir indenização suplementar.⁴³⁹

Diante desse quadro, urge aprofundar nas diferenças entre as espécies compensatória e moratória. Em linhas gerais, a compensatória cabe no caso de total inadimplemento – artigo

⁴³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴³¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

⁴³² 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.

⁴³³ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

⁴³⁴ Art. 413. 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-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

⁴³⁵ Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

⁴³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴³⁷ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

⁴³⁸ Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

⁴³⁹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

410,⁴⁴⁰ do Código Civil; a moratória é destinada a assegurar o cumprimento de outra cláusula contratual, bem como para evitar a mora – artigo 411,⁴⁴¹ do Código Civil. A compensatória é usualmente constituída em valor elevado, vez ser de interesse do credor a satisfação da obrigação principal ou, eventualmente, apenas para assegurar o cumprimento de cláusula especial, como característica específica do objeto. Cumprida de forma diversa do convencional, torna-se moratória a cláusula em referência, destinada, também, para *evitar o retardamento* no adimplemento da obrigação. Ainda, embora não seja comum, o contrato pode prever três cláusulas penais com diferentes valores: uma para garantir o cumprimento da obrigação, estipulada em valor elevado – compensatória –, outra como garantia de satisfação de cláusula especial, como *a cor ou o modelo do veículo adquirido* – moratória –, e a última apenas para evitar o atraso no pagamento das prestações, por exemplo (igualmente moratória).⁴⁴²

Incidindo em total inadimplemento, hipótese prevista no artigo 410, do Código Civil, ao credor cabe a alternativa em escolher a pena compensatória – fixação prévia dos prejuízos; ou ajuizar demanda para o ressarcimento das perdas e danos, devendo provar o alegado; ou exigir o adimplemento integral da prestação. Não se admite cumulação entre essas opções, pois em qualquer dessas situações o credor é ressarcido integralmente, do contrário, incorreria em *bis in idem*. A determinação do Código Civil no artigo analisado é do benefício de escolha conferido ao credor. Por outro lado, o artigo 411, do Código Civil, em relação à cláusula penal moratória, por ser, geralmente, de menor valor, o credor pode cobrar do devedor tanto o cumprimento da obrigação quanto o pagamento referente à cláusula:⁴⁴³ *terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal*. Esse é o contexto do instituto com suas nuances e consequências.

Nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, instrumento contratual eminentemente de adesão, reside a cláusula penal ou cláusula penal moratória – podendo ser qualquer tipo de expressão nesse sentido, tal como pena convencional ou apenas multa –, condição na qual as partes determinam valor prévio de multa no caso de inadimplemento

⁴⁴⁰ 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.

⁴⁴¹ 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.

⁴⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁴³ *Ibidem*.

absoluto. Essa cláusula especial prefixa indenização também por inadimplemento relativo, caso se dê em momento posterior à data estipulada em contrato para entrega do imóvel. Serve para atender o interesse das partes contratantes, constituindo o devedor em mora, bem como propicia segurança jurídica por não ser requisito o ajuizamento de ação ou de prova do dano,⁴⁴⁴ prevista no Código Civil, como apontado anteriormente, nos artigos 408 a 416.

A cláusula penal, em geral, é imposta unilateralmente ao promitente comprador, qual seja os juros de mora pelo atraso ou não pagamento das parcelas nas datas acordadas. Essa sanção prevê apenas a mora do comprador, sem igual contrapartida, que seria multa à promissária vendedora pelo atraso na entrega do imóvel. O desequilíbrio entre as partes fica claro, motivo pelo qual o entendimento atual jurisprudencial é pela abusividade de cláusula que não impõe reprimenda de igual teor ao fornecedor nos casos de descumprimento contratual.⁴⁴⁵

O Código de Defesa do Consumidor determina que na relação entre consumidores⁴⁴⁶ e fornecedores⁴⁴⁷ deve haver equilíbrio entre as partes – artigo 4º, III;⁴⁴⁸ igualdade nas contratações – artigo 6º, II;⁴⁴⁹ direitos derivados dos princípios gerais do Direito e da equidade – artigo 7º, *caput*.⁴⁵⁰ Já o artigo 51, elenca as cláusulas consideradas abusivas, especialmente

⁴⁴⁴ Veja a íntegra da Ementa do Recurso Especial nº 1.614.712/DF nas referências bibliográficas.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ Código de Defesa do Consumidor, artigo 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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

⁴⁴⁷ Código de Defesa do Consumidor, artigo 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

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

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

⁴⁴⁸ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

⁴⁴⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

⁴⁵⁰ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

nos incisos IX, XI e XII,⁴⁵¹ quais sejam deixar ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigado o consumidor; autorizar ao fornecedor o cancelamento do contrato unilateralmente, sem a contrapartida a favor do consumidor; obrigar o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação sem contrapartida em desfavor do fornecedor.⁴⁵² A exposição acima serve para contextualizar o leitor acerca da função da cláusula e das implicações legais, discutidas com maior contumácia no Capítulo 3.

De acordo com o exposto no item 2.2, o contrato de adesão, como um todo, deve ser feito de forma detalhada e deve vir muito bem especificado quanto ao objeto, forma de pagamento, entrega do bem dentre outros. Nesse universo, a par dos princípios de cooperação e solidariedade entre as partes, a previsão em contrato de cláusulas que apenas o inadimplente é compreensível e, talvez, necessária, posto que os contratos, como visto anteriormente, somente foram criados para garantir que os contratantes cumprissem suas avenças, seus compromissos.⁴⁵³

No judiciário, os casos que tratam do atraso na entrega do imóvel cresceram, sobremaneira, nos últimos anos, pois não somente o prazo não é respeitado como também existem situações em que a promissória vendedora prorroga a entrega por tempo indeterminado. E é aí que se insere a cláusula penal contra o consumidor, prevendo o seguinte: se a rescisão for por motivada pelo consumidor, aplicam-se multas contratuais, como a taxa de retenção, relativa aos gastos administrativos com publicidade e gerência da obra; se a rescisão ocorrer por culpa da vendedora, a restituição simples é feita, descontando-se um percentual sobre o valor pago – incidindo, novamente, a mencionada taxa de retenção.

A motivação do consumidor em rescindir o contrato pode acontecer por falta de condições de continuar adimplindo as prestações ou porque perdeu o interesse no imóvel. Nesse caso, a taxa de retenção é cabível, desde que em percentual razoável. Nas decisões judiciais, em que se discutiu a previsão inicial de retenção de 20% ou 25%, fora considerada abusiva, reduzindo-se ao patamar de 10% a 15%. Entretanto, se a resolução do contrato é motivada pela

⁴⁵¹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

⁴⁵² Veja a íntegra da Ementa do Recurso Especial nº 1.614.712/DF nas referências bibliográficas.

⁴⁵³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

demora na entrega do bem, não é cabível a retenção de parcela alguma, pois a própria promissária vendedora deu causa à resolução contratual, devendo ressarcir o consumidor, de uma só vez, da totalidade das parcelas pagas – ou do valor total do imóvel se já quitado.⁴⁵⁴

A data da entrega do imóvel está estabelecida no contrato. Não é ilegal a cláusula que prevê a prorrogação dessa entrega por até 180 dias, situação em que o consumidor não pode reclamar ou pedir resolução contratual – esse é o entendimento tanto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,⁴⁵⁵ bem como do Superior Tribunal de Justiça. A explicação, no caso do Superior Tribunal de Justiça, é que o prazo de tolerância, desde que determinado, tornou-se costume nesse segmento da economia, vez que contratemplos podem ocorrer, procrastinando a entrega da obra, seja por força de um fornecedor de materiais, seja por uma ocasional demora do Poder Público em conferir determinada licença.⁴⁵⁶

Nas situações em que a resolução contratual se dá por culpa exclusiva da vendedora, aquelas cláusulas contratuais que previam uma retenção de valores referente à fruição mensal e das despesas ditas *administrativas*, como denominam, são simplesmente ignoradas ou esquecidas. A título de exemplificação, as vendedoras devolvem o que foi pago, mas retém 8% sobre o valor do contrato para cobrir essas despesas, bem como 1% sobre o valor do imóvel ao mês se houver fruição do bem.⁴⁵⁷

Se o consumidor permaneceu 12 meses sem o imóvel após aquele período previsto, requerendo a rescisão contratual, por dedução lógica, em homenagem ao princípio da isonomia, além dos demais princípios e fundamentos constitucionais aqui discutidos, deveria a ele ser restituído tudo o que foi pago, acrescido de 8% sobre o valor do contrato e 1% ao mês por não ter usufruído do imóvel. Essa porcentagem se refere à cláusula penal, uma espécie de multa, de punição pela rescisão contratual, atualmente prevista somente em favor da estipulante – promissária vendedora.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Súmula 543, do Superior Tribunal de Justiça: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015)

⁴⁵⁵ Basta efetuar uma busca simples no sítio do TJDF, no campo *jurisprudência*, com os termos *prazo 180 dias entrega de imóvel*. Centenas de acórdãos apresentam o mesmo entendimento da Corte Superior.

⁴⁵⁶ Veja a íntegra da Ementa do Recurso Especial nº 1.582.318/RJ nas referências.

⁴⁵⁷ OSTROWSKI, Antonio E. B., SANTANA, Héctor V. *A inversão das cláusulas contratuais em favor do consumidor nos contratos de adesão*. Artigo. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 7, p. 52446-52461, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/14057/11754>. Acesso em setembro de 2020.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

Partindo-se da premissa de *justiça*, a cláusula seria absurda. Aliás, a aplicação dessa cláusula, porquanto somente prevê sanção ou penalidade ao consumidor apenas, a parte mais frágil, mais hipossuficiente do contrato,⁴⁵⁹ deixa a ele duas opções: receber o valor pago com o desconto das nomeadas taxas administrativas ou ajuizar demanda pleiteando a tutela jurisdicional para forçar a empresa a: i) devolver integralmente os valores pagos, incidindo correção monetária e juros legais; ii) condenar a empresa a efetuar essa devolução com a adição da incidência da cláusula penal aplicada de forma invertida a seu favor, posto que a rescisão se deu por culpa exclusiva da promissária vendedora.

O entendimento do Poder Judiciário, nas primeiras ações ajuizadas com essa questão, não era uníssono em aplicar a inversão da cláusula em favor do consumidor. A evolução tanto da doutrina quanto da jurisprudência revela a possibilidade de aplicação inversa, mormente quando ausente cláusula punitiva em caso de descumprimento ou atraso por parte da promissária vendedora, o que se demonstra no Capítulo 3 onde são analisados diversos acórdãos, tanto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios quanto do Superior Tribunal de Justiça.

2.4. Responsabilidade Civil Contratual

A responsabilidade civil é uma matéria extensa, com elementos relacionados ao agir de uma pessoa. Em suma, há a responsabilidade extracontratual, a qual incide no caso de o indivíduo deixar de observar uma norma legal e a responsabilidade contratual ou negocial,⁴⁶⁰ proveniente da relação contratual, onde o indivíduo pode causar prejuízo à outra parte ao descumprir sua obrigação contratual.⁴⁶¹ A primeira, não será aprofundada, vez que estranha ao tema do trabalho. A segunda, como o próprio nome diz, tem total relação com os contratos e seus efeitos.

Existem situações decorrentes da assinatura de um contrato em que os direitos e deveres das partes restam bem claros, como na compra e venda. O inadimplemento pode acarretar

⁴⁵⁹ OSTROWSKI, Antonio E. B., SANTANA, Héctor V. *A inversão das cláusulas contratuais em favor do consumidor nos contratos de adesão*. Artigo. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 7, p. 52446-52461, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/14057/11754>. Acesso em setembro de 2020.

⁴⁶⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁴⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

consequências em perdas e danos muito mais valorosas do que o valor do contrato em si. Para examinar se há responsabilização da parte ou não, parte-se de eventual violação a um dever, cabendo analisar se a conduta perpetrada implica em antijuridicidade no Direito Civil e se incide o nexo causal entre essa conduta e o dano.⁴⁶² Lembra-se que o artigo 422,⁴⁶³ do Código Civil, determina que os contratantes devem respeitar os princípios da probidade e boa-fé.

O inadimplemento contratual, ou o inadimplemento das obrigações, tem como consequência a responsabilidade em indenizar por perdas e danos,⁴⁶⁴ com previsão no artigo 389,⁴⁶⁵ do Código Civil, sob o Título IV, que reúne os artigos 389 ao 420, os quais versam todos sobre esse tema. A responsabilidade da parte que não cumpre uma regra previamente estabelecida em contrato pode ser culposa ou dolosa. A culposa se tornou regra no Código Civil Brasileiro, bem como em outras codificações privadas modernas, em decorrência da experiência passada, ainda nos tempos da Roma antiga, na qual prevalecia a responsabilidade sem culpa como regra. O causador de danos era punido pela Lei das XII Tábuas, acarretando em injustiças quanto à responsabilização.⁴⁶⁶

Após essa breve introdução, o Código Civil, em relação aos contratos, prevê que o devedor responderá por perdas e danos caso não cumpra sua parte da obrigação, compreendendo, inclusive, seus bens⁴⁶⁷ para saldar eventual indenização.⁴⁶⁸ A responsabilidade pode, ainda, ser classificada como subjetiva ou objetiva. É subjetiva quando para responsabilizar o indivíduo, o elemento culpa deve estar presente, é pressuposto necessário dessa modalidade. A objetiva, ou responsabilidade legal, independe da culpa, sendo requisito

⁴⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁴⁶³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁶⁵ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁴⁶⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁴⁶⁷ Nem todos os bens do devedor podem ser utilizados para saldar dívidas, uma vez que o artigo 833, do Código de Processo Civil elenca quais são indisponíveis, tais como *os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado; os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado; a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos*; dentre outros.

⁴⁶⁸ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

apenas a comprovação do nexo de causalidade entre a ação e o dano, pouco importando se o agente pretendia ou não o resultado.⁴⁶⁹

A própria lei determina quais pessoas e em quais situações a responsabilidade é objetiva. Como regra geral, o Código Civil adota a responsabilidade subjetiva, pois a objetiva está especificada em lei – como por exemplo, o artigo 933,⁴⁷⁰ do Código Civil. A responsabilidade objetiva está abarcada pela teoria do risco, prevendo que toda pessoa que exerça alguma atividade com potencial chance em criar risco de danos para terceiros, deve repará-lo independentemente do elemento culpa. O risco profissional exemplifica tal modalidade.⁴⁷¹

O inadimplemento caracteriza ato ilícito, vez que *praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem*.⁴⁷² Se uma das partes atua de maneira comissiva, objetivando o resultado do inadimplemento – não pagar uma parcela, não entregar o bem alienado –, além de descumprir os termos contratuais, comete ilícito por exceder no exercício de um direito, infringindo a regra disposta no artigo 187,⁴⁷³ do Código Civil. O agente não necessariamente viola os limites objetivos da lei, mas desconsidera a finalidade social do seu direito subjetivo e o exerce de modo exorbitante,⁴⁷⁴ ferindo diretamente a boa-fé relacionada à lealdade e à probidade.⁴⁷⁵

Relativamente à modalidade culposa do inadimplemento, quando não se intenta produzir o resultado, o artigo 393,⁴⁷⁶ do Código Civil, limita a responsabilidade em situações fortuitas ou de força maior – *cujos efeitos não era possível evitar ou impedir* –, exceto quando previsto em contrato. Isso significa que, mesmo se o inadimplemento se der por motivos alheios à vontade da parte, dentro dos casos fortuitos ou de força maior, havendo dispositivo expresso

⁴⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁷⁰ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁴⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁷² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁴⁷³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁷⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁴⁷⁶ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

no instrumento que responsabilize o devedor, deverá ele indenizar em perdas e danos o credor: *a indenização substitui o cumprimento da obrigação, mas não equivale a ela.*⁴⁷⁷ Portanto, para que uma das partes seja responsabilizada, devem incidir os seguintes pressupostos, de acordo com os artigos 186⁴⁷⁸ e 927,⁴⁷⁹ do Código Civil: (i) a caracterização de ato ilícito proveniente de ação ou omissão, (ii) a culpa do agente, (iii) o resultado danoso originário do ato (iv) e o nexo de causalidade enlaçando a conduta ao efeito danoso.⁴⁸⁰

Adentrar no mérito da responsabilidade civil de forma pontual é justificável para contextualizar e tornar mais fácil a compreensão dos julgados analisados. As ações, dentre outros pedidos, requereram a condenação das construtoras em lucros cessantes e danos morais, em decorrência do atraso injustificado na entrega do imóvel. Isso posto, passa-se a discutir os lucros cessantes e os danos morais, antecipando que as decisões consideraram cabíveis apenas a incidência do primeiro pedido, à exceção de apenas um julgado que também aplicou a indenização por danos morais, portanto, de maneira cumulativa.

As perdas e danos verificadas nos acórdãos analisados se referem aos prejuízos resultantes pelo atraso na entrega da obra. O Código Civil prevê, no artigo 475,⁴⁸¹ que pelo inadimplemento, a parte lesada pode pedir a resolução do contrato ou o seu cumprimento, mas em ambos os casos, cabe indenização por perdas e danos. Como consequência, os contratantes deveriam ser indenizados pelo tempo que não puderam usufruir do imóvel, seja residindo ou alugando-o para terceiros. As contratadas foram obrigadas a indenizar por lucros cessantes, valores que os contratantes deixaram de lucrar, cujo dispositivo está previsto no artigo 402,⁴⁸² do Código Civil.⁴⁸³ O valor médio da indenização variou de acordo com o caso concreto,

⁴⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁴⁷⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴⁷⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁸⁰ Veja a íntegra da Ementa da Apelação Cível nº 0048620-20.2013.8.07.0001, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nas referências bibliográficas.

⁴⁸¹ 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.

⁴⁸² Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁴⁸³ [...]

5. Configurado o inadimplemento contratual por parte da requerida, é lícito ao adquirente ser indenizado quanto ao que razoavelmente deixou de lucrar, nos termos do art. 402 do CC. 5.1. Na esteira da jurisprudência desta Corte, não é necessário que o promitente comprador demonstre que realmente tinha planos de alugar o imóvel cuja entrega não se efetivou a tempo ou que teve efetivas despesas com custeio de moradia em razão do atraso na entrega da obra. Tais são inferíveis e se amoldam ao termo "razoavelmente" constante do citado art. 402 do CC. 5.2. Logo,

podendo estar atrelado ao valor médio do aluguel de imóvel semelhante,⁴⁸⁴ ao valor da multa prevista na cláusula penal,⁴⁸⁵ à porcentagem de 0,5% a 1% sobre o valor do imóvel⁴⁸⁶ ou à porcentagem relacionada ao valor efetivamente pago pelo comprador.⁴⁸⁷

Feita essa explanação sobre as perdas e danos e suas consequências para o inadimplente, cabe falar sobre os danos morais, igualmente inserido no âmbito da responsabilidade civil. A

afasta-se a afirmação no sentido de que os lucros cessantes pleiteados pelo autor não estão lastreados em comprovação suficiente.

[...]

(Acórdão 1220776, 00219783920158070001, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 4/12/2019, publicado no DJE: 16/12/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁴⁸⁴ [...]

III - O atraso injustificado na entrega do imóvel enseja o dever da vendedora em responder pela reparação por lucros cessantes consistentes nos aluguéis devidos pelo período de atraso.

[...]

(Acórdão 1234084, 00033333620158070010, Relator: JOSÉ DIVINO, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 19/2/2020, publicado no DJE: 18/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁴⁸⁵ [...]

4. “No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor” (REsp 1614721/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 25/06/2019 - Tema 971).

[...]

(Acórdão 1233905, 00221436820158070007, Relator: GISLENE PINHEIRO, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 27/2/2020, publicado no DJE: 10/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁴⁸⁶ [...]

1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem fixado, em linhas gerais, que as cláusulas penais nos contratos imobiliários, previa e expressamente estipuladas em favor do consumidor no caso de mora da construtora, variam de 0,5% a 1% do valor total do imóvel, a cada mês de atraso, sendo que tais arbitramentos representam aproximadamente a média do imóvel alugado.

2. Existindo cláusula de natureza reparatória em favor do consumidor, independentemente da sua nomenclatura, e caso ela efetivamente represente o valor aproximado de mercado sobre o aluguel do imóvel em atraso, ou as despesas efetuadas com a locação de outro bem semelhante para fins de moradia, não se vislumbra a possibilidade de cumulação com lucros cessantes. Superior Tribunal de Justiça (Tema 970).

[...]

(Acórdão 1234413, 00083464920168070020, Relator: HECTOR VALVERDE, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 19/2/2020, publicado no DJE: 12/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁴⁸⁷ [...]

4 - Identificando-se, no pacto, cláusula adequada para a inversão pretendida, ela deverá ser utilizada, com ajustes na operação equitativa, até mesmo porque, inicialmente, não fora estabelecida para o fim que, com a inversão, se destina. Assim, conquanto na cláusula esteja prevista multa moratória de 2% (dois por cento) sobre o débito corrigido, com a inversão, impõe-se a acomodação de seu sentido para a situação dos autos, de sorte que a base de cálculo deverá corresponder ao valor efetivamente pago pelo promitente comprador para a aquisição da unidade imobiliária ao longo do contrato.

5 - Reconhecido o direito do promitente comprador a ter invertida a cláusula penal moratória em seu favor, ela será devida até a data da entrega das chaves do imóvel.

[...]

(Acórdão 1228679, 00404102520148070007, Relator: ANGELO PASSARELI, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 5/2/2020, publicado no DJE: 3/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

previsão legal está expressa tanto na Constituição Federal – artigo 5º,⁴⁸⁸ incisos V⁴⁸⁹ e X –⁴⁹⁰ quanto no Código Civil – nos mesmos artigos 186,⁴⁹¹ 187⁴⁹² e 927.⁴⁹³ Salienta-se que o artigo 186 contém a expressão *ainda que exclusivamente moral*, daí porque os dispositivos cabem para dano material e moral.

O dano moral é a lesão aos direitos da personalidade, por isso é tão difícil estipular um preço para essa lesão, representada pela dor ou sofrimento vivenciado por alguém. Esse sofrimento não necessariamente está atrelado a sentimentos negativos.⁴⁹⁴ A indenização serve para atenuar ou contribuir uma reparação de um prejuízo imaterial. Por isso, a finalidade não é o acréscimo patrimonial, é apenas uma compensação pelo mal suportado.⁴⁹⁵ Enfatize-se que essa reparação pode se dar de forma diversa ao pagamento em dinheiro, pode ser *in natura*, seja uma retratação pública, um pedido de desculpas, algo que, igualmente, não pode ser valorado em dinheiro, mas que tem o condão de servir à vítima como uma forma de compensação.⁴⁹⁶

Nos casos analisados, houve pedido de indenização por dano moral em decorrência do atraso na entrega do imóvel. Dos 1.117 acórdãos selecionados, apenas um julgou procedente o

⁴⁸⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴⁸⁹ V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁴⁹⁰ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴⁹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴⁹² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁹³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁹⁴ Enunciado 445, V Jornada de Direito Civil: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

⁴⁹⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁴⁹⁶ Enunciado 589, VII Jornada de Direito Civil: A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio.

Justificativa: Não há, no Código Civil, norma que imponha a indenização pecuniária como meio exclusivo para reparação do dano extrapatrimonial. Causado dano desta natureza, nasce para o ofensor a obrigação de reparar (art. 927), o que deverá ocorrer na forma de uma compensação em dinheiro e/ou de ressarcimento *in natura*, conforme tem admitido a doutrina (por todos: SCHREIBER, Anderson. *Reparação Não-Pecuniária dos Danos Morais*. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). *Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2011). No plano constitucional, tal entendimento revela-se compatível com o quanto dispõe o art. 5º, inc. V, que, dirigido ao ofendido, assegura o direito de resposta, além de indenização em função do dano causado. Por último, o ressarcimento *in natura* revela-se compatível com uma lógica de despatrimonialização da responsabilidade civil, de modo a garantir ao ofendido a reparação integral do dano, o que nem sempre é alcançado mediante simples pagamento em dinheiro.

pedido, condenando a construtora ao pagamento de danos morais, sob o argumento de que o *atraso de mais 2 anos na entrega do imóvel supera o mero inadimplemento contratual e enseja a reparação por danos morais.*⁴⁹⁷ Isso se dá pelo fato de que os danos morais não podem ser confundidos com meros transtornos ou aborrecimentos vivenciados no dia a dia, vez que poderia *colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral.*⁴⁹⁸ Por isso, a quebra contratual, por si só, não enseja a reparação por danos morais.⁴⁹⁹

É importante ressaltar que a demonstração do dano moral não pode ser feita da mesma forma que o dano material, guardando relação direta com a gravidade do ato praticado, pois não basta à vítima alegar o ilícito para pleitear a reparação, deve comprovar o dano sofrido, da mesma forma como comprova (por outros meios) os danos materiais.⁵⁰⁰ A prova do dano moral está restrita ao próprio fato ofensivo, cujas consequências são indiferentes para valorar a reparação, reparação essa que visa *desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo.*⁵⁰¹

⁴⁹⁷ [...]

A comprovação de atraso de mais de 2 anos na entrega do imóvel supera o mero inadimplemento contratual e enseja a reparação por danos morais.

(Acórdão 1214633, 00007974520168070001, Relator: ESDRAS NEVES, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 13/11/2019, publicado no DJE: 20/11/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁴⁹⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁴⁹⁹ [...]

11. Danos morais: O mero inadimplemento contratual, de per si, não é passível de ocasionar dano moral, sendo que, no caso dos autos, não há elementos aptos o bastante que autorizem concluir pela ocorrência de danos morais passíveis de compensação pecuniária.

[...]

(Acórdão 1221694, 00089627720138070004, Relator: GISLENE PINHEIRO, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 4/12/2019, publicado no DJE: 18/12/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁵⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPÍTULO 3. O REEQUILÍBRIO CONTRATUAL NO TEMA 971 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O contrato sempre foi atrelado às premissas da liberdade e da voluntariedade, restando ao Estado deixar que as relações privadas regulassem livremente seus interesses, ainda que incidissem injustiças nessas relações, vez que o contrato fazia lei entre as partes. Na autonomia da vontade, dentro do Direito Privado, as partes eram livres na escolha de contratar ou não, do tipo de objeto a ser especificado, além de discutirem suas cláusulas. Isso levou o Estado a perceber que seu isolamento permitia cláusulas com ajustes abusivos, exterminando o equilíbrio das partes. A intolerância a esse cenário resultou nas várias regras, normas e leis editadas, tais como o Código de Defesa do Consumidor e os dispositivos do Código Civil⁵⁰² largamente debatidos ao longo do trabalho. As normas jurídicas são imperativas e voltadas tanto aos magistrados quanto às partes, determinando os critérios a serem adotados por quem interpreta o contrato.⁵⁰³

O instrumento contratual é a principal modalidade de negócio jurídico, exprimindo a autonomia privada de modo a favorecer o desenvolvimento econômico, verdadeiro exercício de direito fundamental. Por isso, o legislador deve se ocupar em construir um regime jurídico diligente, capaz de garantir a adequada exteriorização da manifestação de vontade. E mais, o negócio jurídico *mantém a posição de repositório natural da vontade humana em suas relações sociais; da tensão entre seus momentos interno e externo, surge a necessidade de sua correta interpretação.*⁵⁰⁴

As relações humanas, portanto, são muito complexas e por esse motivo tendem a culminar em conflitos. O Estado deve proteger direitos e obrigar indivíduos a cumprir o que lhes é cabido, mantendo seus jurisdicionados mais seguros contra abusos. O Código Civil, nesse sentido, poderia ser resumido, de forma grosseira, como uma norma que impõe o dever geral de cautela para evitar danos aos bens e direitos de terceiros, mas havendo, deve-se indenizar o prejuízo.

⁵⁰² MARTELETO, G. A. *Col. passe em concursos públicos - Nível superior: direito civil, volume 1 - Parte geral e especial : obrigações, contratos e responsabilidade civil. 1ª Edição.* Editora Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502211308/>. Acesso em: 27 Aug 2020

⁵⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos.* 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

⁵⁰⁴ *Ibidem.*

A interpretação de suas cláusulas se faz partindo-se dos princípios apresentados no item 1.3, do Capítulo 1. O artigo 113,⁵⁰⁵ do Código Civil, coaduna-se adicionando à boa-fé os usos do lugar de sua celebração no momento dessa interpretação, que determina o teor de um contrato. Se suas cláusulas são de fácil compreensão, se estão redigidas de forma clara, a interpretação somente é cabível se houver dúvidas, pois a literalidade⁵⁰⁶ do instrumento deve ser priorizada.⁵⁰⁷

Por não ser possível especificar ou positivar todas as formas de relações, especificamente em relação ao escopo do presente trabalho – contratos –, conflitos podem surgir, fatos novos ou elementos externos ao instrumento, gerando desequilíbrio entre as partes. Esses conflitos podem ser resolvidos de forma amigável, se houver diálogo e se os novos termos estiverem dentro do objeto do contrato, ou, não sendo viável, recorre-se a um terceiro, alheio e desinteressado no resultado prático do contrato – o juiz.

O Poder Judiciário somente pode atuar por meio da provocação de seus jurisdicionados: a parte que acredita ter seu direito lesado ajuíza pertinente demanda para que o Estado, após análise do caso concreto, com base nas leis e princípios regentes da ordem democrática nacional e de forma imparcial, profira o resultado, positivo ou não ao postulante, resolvendo o conflito à luz das normas pátrias.⁵⁰⁸ A aplicabilidade da lei pela interpretação do juiz, influencia, também, na produção legislativa, contrapondo regras rígidas (lei) e a discricionariedade do julgador.⁵⁰⁹

O contrato é composto por uma obrigação e por uma contrapartida, cabendo a cada uma das partes cumprir com os termos anuídos e estipulados quando de sua elaboração. Ainda que contratos modernos contenham uma infinidade de situações possíveis e previsíveis, capazes de impedir ou dificultar a realização de um ou mais termos ou, inclusive, sua adequada finalização por adimplemento integral, as partes podem ser surpreendidas por uma situação inédita.⁵¹⁰ Assim, cabe ao juiz estabelecer se o contrato será mantido e como será cumprido pelo prazo remanescente, a partir da valoração das cláusulas, contexto, fatos e situações, de maneira

⁵⁰⁵ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, confira o artigo 112, do Código Civil: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

⁵⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

⁵⁰⁸ SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁵⁰⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵¹⁰ NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge: Cambridge, 1990.

supletiva,⁵¹¹ vez ser criado a partir do momento econômico, social e político, situações que devem ser consideradas em sua análise posterior.⁵¹²

A interpretação ocorre quando as partes elencam suas cláusulas com base no nível social, na linguagem da região, com amparo em quaisquer especificidades de cada um, cabendo ao juiz, figura neutra, interpretar à luz da legalidade e do objeto do contrato. A legalidade consiste em prescrições vinculativas onde o contratante, caso manifeste anuência com o instrumento, é obrigado a se conformar.⁵¹³

A resolução do contrato, por vias normais, se dá com o cumprimento da obrigação avençada. Ocorrendo atraso do fornecedor em entregar o bem ou do consumidor em efetuar o pagamento, por exemplo, incide em mora por se tornar devedor. A mora pode decorrer de uma impossibilidade superveniente, excessiva onerosidade ou simples não cumprimento. Caso incida excessiva onerosidade a uma das partes para conclusão ou adimplemento prestacional do contrato, a lei prevê situações específicas para a rescisão contratual. Por outro lado, podem as partes ajustarem o contrato à situação fática para reestabelecer o equilíbrio⁵¹⁴ e manter a relação contratual.

O simples não cumprimento de sua obrigação é causa justa à resolução contratual, por faltar o elemento obrigacional no mundo fático, isto é, o devedor não pagou, não entregou a coisa ou o credor não entregou a coisa ou não recebeu sua parte. De toda sorte, o compromisso assumido não foi cumprido, rescindindo-se o contrato.⁵¹⁵ Aparece a responsabilidade pelo não cumprimento, pela não conclusão do instrumento avençado, podendo tal responsabilidade ser subjetiva ou objetiva.

A lei determina quais são os casos de responsabilidade objetiva. A subjetiva parte do pressuposto de que a parte não cumpriu sua avença do contrato, deixando a contraparte sem receber o que lhe foi prometido, o objeto contratado. Sendo por culpa ou dolo, a rescisão pode ensejar a responsabilização subjetiva, com eventual conversão em perdas e danos do proveito econômico.⁵¹⁶ O interesse do Estado nos contratos vai além do direito das partes vinculadas ao

⁵¹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵¹² CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

⁵¹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ *Ibid.*

instrumento, pois os valores de natureza ética e econômico-social são questões de ordem pública,⁵¹⁷ devendo-se preservar o interesse público com a correta aplicação das leis.

Exatamente por tais motivos o conteúdo do contrato passou a ser analisado pelo viés da coletividade, acima da liberdade para contratar e estipular cláusulas. O equilíbrio nas prestações deve ser mantido, evitando-se que poucos enriqueçam à custa de muitos. Seja pela boa-fé ou pela função social do contrato, o Estado intervém por meio de medidas que permitam aos contratantes o respeito aos seus direitos e garantias, resultando na justiça e no bem-estar da sociedade.⁵¹⁸

Dentro do equilíbrio contratual, ressalta-se o princípio da conservação dos contratos, tema exposto no item 1.3.8, do Capítulo 1. Quanto ao Poder Judiciário, primeiro é necessário adentrar nas potenciais situações geradoras de anulabilidades ou nulidades, pelas quais dispõe o magistrado de ferramentas para interpretar o instrumento contratual com o intuito de manter sua eficácia entre as partes, respeitando-se os limites principiológicos e legais formadores do contrato – em especial, o de adesão, usualmente utilizado em promessas de compra e venda de imóveis.

A partir desse ponto, a análise da inversão da cláusula penal como suposta forma de reequilíbrio contratual é feita sobre a jurisprudência, dividindo-se em duas partes: A primeira parte consiste na análise de dois Recursos Especiais interpostos em processos escolhidos como representativos de controvérsia de repercussão geral, nos quais se discute a possibilidade de inversão da cláusula penal nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel com previsão de penalização a apenas uma das partes, no caso o promissário comprador. Na segunda, debruça-se sobre 1.117 acórdãos, distribuídos entre 229 do Superior Tribunal de Justiça e 888 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nos quais são destacados os argumentos recorrentes, cujo lapso temporal é superior aos dois acórdãos paradigmas utilizados na primeira parte. Essa segunda análise demonstra a construção ideológica e conceitual que culminou na necessidade de se pacificar o entendimento, encerrando a discussão com o julgamento do Tema 971.⁵¹⁹

⁵¹⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵¹⁸ MARTELETO, G. A. *Col. passe em concursos públicos - Nível superior: direito civil, volume 1 - Parte geral e especial: obrigações, contratos e responsabilidade civil. 1ª Edição*. Editora Saraiva, 2013. 9788502211308. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502211308/>. Acesso em: 27 Aug 2020

⁵¹⁹ No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo

3.1. Instrumentos de Reequilíbrio Contratual

O conteúdo do contrato estabelece os limites, direitos e deveres das partes que o compõe. Em outras palavras, são os termos da operação econômica entabulados no contrato, que vinculam, juridicamente, os contratantes (responsabilidade contratual ou *utilidade-risco*).⁵²⁰ O instrumento pode ser livremente formulado na forma como as partes bem entenderem, respeitando-se apenas os limites legais, como, por exemplo, a vedação de objeto ilícito ou impossível. Não há especificações para todos os tipos possíveis de contratos, apenas para alguns que devem seguir a forma descrita na lei. Para os demais, a forma e seus termos ficam a critério de quem estipula e de quem assina. Quando da discussão de seus termos pelas partes, a autonomia privada ou liberdade para contratar vão especificar quais regras traduzem melhor suas vontades para o instrumento.

No documento, incide o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, impondo responsabilização apenas aos sujeitos que firmaram contrato, não podendo criar obrigações ou encargos sobre terceiros alheios ao instrumento – em regra. Da mesma forma, há previsão legal em relação à ineficácia do contrato contra esses, ocasião na qual não poderá ser concluído, isto é, quando há o inadimplemento. Assim, o tipo de contrato é um *gênero de operação econômica*, como venda, locação, sociedade, mútuo e contrato de trabalho.⁵²¹

Os contratos cujas formas e formalidades estão previstas nas leis são definidos de modo que as partes, mesmo sob a égide da autonomia, respeitem os limites estabelecidos naquela legislação, somente podendo transigir sobre o que lhes é permitido. Na realização de um negócio de compra e venda que envolva objeto lícito possível determinado ou determinável e preço, por exemplo, outros elementos acessórios podem ser incluídos no instrumento, como a forma de pagamento ou da entrega e as garantias sobre a qualidade do bem. Esses elementos não necessários ao contrato podem fazer parte da *determinação voluntária dos contraentes privados*.⁵²²

Existem três cláusulas escritas que são consideradas típicas: moral, termo e condição. A primeira existe somente em caso de negócios jurídicos gratuitos, como a doação, impondo ônus apenas ao beneficiário, o qual deverá arcar com todos os custos do bem, embora a aquisição

inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

⁵²⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵²¹ *Ibidem*.

⁵²² *Ibid.*

seja gratuita, registre-se. O termo é a expressa indicação do momento em que o contrato começa a produzir efeitos (termo inicial) ou que cessa seus efeitos (termo final). Nem sempre é mera indicação de data, mas guarda relação a evento futuro conhecido, como a morte de alguém.⁵²³ Não havendo indicação expressa, o contrato será por prazo indeterminado, conservando sua eficácia até o seu adimplemento final.

A condição, por sua vez, é responsável pela produção ou extinção dos efeitos do contrato. A cláusula condicional pode ser suspensiva ou resolutiva. A primeira suspende os efeitos do contrato até o acontecimento de determinado evento, ou seja, o contrato será ineficaz até determinado fato, quando passará a produzir seus efeitos. A segunda incide quando os efeitos decorrem desde a contratação, sendo resolvidos, terminados, encerrados, ao se verificar o acontecimento de fato ou evento determinado.⁵²⁴

Existe, ainda, a condição potestativa, intrínseca à vontade de apenas uma das partes para produção de um fato, bem como a casual, alheia à vontade ou iniciativa das partes. A cláusula meramente potestativa, depende puramente do arbítrio, da discricionariedade de uma das partes, sendo nula de pleno direito. A condição pode ser ilícita e impossível, quando sua implementação tiver como condição algo ilícito – remuneração apenas se um crime for cometido – ou algo impossível – remuneração apenas se *os bovinos alçarem voo*.⁵²⁵

Nos contratos de adesão, a despersonalização, a impessoalidade, é característica específica dessa modalidade, não cabendo ao contratante discutir nenhum de seus termos. A ele só cabe a liberdade de aceitar ou não seus termos e assinar o contrato. Por isso o ordenamento jurídico é crucial para impedir o abuso do poder econômico pela estipulante, até porque, com frequência, verificam-se que alguns contratos possuem cláusulas excessivamente desfavoráveis ao consumidor. A declaração e a confiança são muito superiores ao elemento vontade. Dos motivos, decorre o desequilíbrio prévio das partes, ocasionando a interpretação das cláusulas contratuais a favor da parte que apenas pode optar por contratar ou não.⁵²⁶

O princípio da manutenção do contrato deve ser observado e, sempre que possível, ser adotado para permitir às partes a continuidade de suas avenças. Entretanto, incidindo o negócio jurídico em algum vício, a vontade declarada não pode ser considerada livre e de boa-fé, e

⁵²³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador Editora JusPodivm, 2017.

acarretará em provável invalidade.⁵²⁷ Assim, expõem-se a seguir as situações nas quais os contratos devem ser encerrados, em decorrência de algum vício insanável ou que possam ser mantidos, se for possível corrigir ou interpretar de forma diferente determinada cláusula.

3.1.1. Nulidades e Anulabilidades

Por contrato nulo, entende-se que não produz mais nenhum dos efeitos jurídicos previstos, vez que as partes contratantes já concluíram seu objeto, elidindo, inclusive, tutela jurisdicional. Assim, não há nenhuma obrigação, direito ou transferência de qualquer soma ou bens. Qualquer pretensão discutida em juízo é declinada de imediato, nesse cenário.⁵²⁸

Caso parte do contrato tenha sido adimplido, pode-se desfazer o negócio, retornando ambas as partes à situação anterior, seja por meio da restituição dos valores pagos ou pela devolução da coisa. A nulidade é imprescritível, podendo ser postulada por qualquer das partes ou por qualquer pessoa diretamente interessada. Igualmente, é oponível a terceiros e, em caso de provocação do judiciário, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz. Uma vez verificados os elementos de nulidade do contrato, esse não pode ser convalidado, nem mesmo se ambas as partes manifestarem intenção, pois não é um elemento corrigível, por assim dizer. Diferencia-se a nulidade (invalidade) e a anulabilidade: a nulidade encerra o contrato, torna-o inexistente; a anulabilidade significa que o contrato ou cláusulas podem ser anuladas, para cessar seus efeitos, mantendo-se os demais termos incólumes, somente podendo ser arguida por quem é considerado legitimado e o rol dos legitimados se encontra na lei.⁵²⁹

Sobre o tema da anulabilidade, seu objetivo é de *proteger os interesses privados e individuais de cada uma das partes do contrato*, principalmente quem está em posição de inferioridade, como o *incapaz, o errante, a vítima do engano ou da ameaça*.⁵³⁰ No caso da anulação incide a prescrição, cuja contagem de prazo é a partir do momento em que se descobriu o erro ou dolo, que cessou a violência ou ao atingir a maioridade. Prazos específicos para tais situações estão previstos no artigo 205⁵³¹ e 206, do Código Civil. Finalmente, pode-se afastá-la se as partes confirmarem as demais cláusulas e demonstrarem interesse na manutenção do

⁵²⁷ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵²⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵²⁹ *Ibidem*.

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

instrumento, ao contrário da nulidade, cuja sanção de extinção do contrato tem origem no interesse público e é medida impositiva da lei.

3.1.2. Capacidade das Partes

A lei estabelece quem tem capacidade e quem não a tem (Capítulo I, do Código Civil), para proteger interesses de pessoas que intentem lesionar seus direitos, em regra geral. Do outro lado, como forma de sanção ou de prevenção do interesse de terceiros, potencialmente prejudicados, a lei também pode prever a incapacidade de agir. Para impedir a insegurança na hora de contratar, por não saber se a outra parte tem ou não capacidade para agir, a lei estabelece de forma *preventiva e típica dos casos de incapacidade de agir*, assim elencados: os menores de 18 anos (menoridade civil, relativamente incapaz entre 16 e 18 anos), mentalmente incapazes, interditos e inabilitados.⁵³²

Em relação aos menores de 16 e aos interditos, a incapacidade é absoluta, significando a obrigatoriedade em ser representados por tutor ou curador, respectivamente, na gestão dos negócios de seus interesses. Os contratos por eles entabulados, quaisquer que sejam, são anuláveis. A incapacidade relativa permite atos de administração ordinária válidos, somente os que excedem essa normalidade é que podem ser anulados, se houver prejuízo para o incapaz. A outra parte não pode se opor ao pedido de anulação, porque era sua a responsabilidade de verificar se o incapaz preenchia os requisitos legais.⁵³³ Há, também, a incapacidade acidental, ocasionada pelo uso de medicamentos, por exemplo, que diminuem a capacidade da pessoa, ainda que de forma momentânea.

3.1.3. Erro

Passível de anulação, o erro – ou ignorância – é a falsa noção sobre algum objeto, interfere na manifestação legítima de vontade das partes⁵³⁴ e está disciplinado no artigo 138,⁵³⁵ do Código Civil: se a declaração de vontade partir de um erro substancial, que uma pessoa *normal* – homem comum ou homem médio – poderia ter percebido, o negócio jurídico pode ser

⁵³² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. Ed. Rev. e Atual. São Paulo. Saraiva, 2010.

⁵³⁵ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

anulado. O erro substancial⁵³⁶ recai sobre a própria essência do ato que se pratica, como, por exemplo, uma pessoa que deseja comprar uma estátua de marfim, mas compra uma de plástico.⁵³⁷ No exemplo, se a parte soubesse desse elemento, não realizaria o negócio jurídico. O erro ainda pode ser escusável, perdoável ou acidental. Refere-se a circunstâncias secundárias do objeto ou pessoa, momento no qual, mesmo sabendo da realidade, o negócio seria realizado.⁵³⁸

Se o contrato é realizado com um erro considerado juridicamente relevante, portanto, sobre a essencialidade e a *cognoscibilidade* do objeto do negócio, o contrato é anulável, porquanto fora realizado sem o conhecimento de uma das partes sobre os reais aspectos do objeto especificado em contrato. Tem-se o erro sobre a natureza ou sobre o objeto do contrato e o erro sobre a identidade ou sobre as qualidades do objeto da prestação. No primeiro é a própria noção do objeto que está errada, como a compra de um bilhete marítimo para viagem de trem. Na segunda o erro resta sobre as qualidades relevantes do objeto, como sua estrutura e sua capacidade de desempenho, como neste exemplo: *um carro com motor a diesel, mas que deveria ser a gasolina.*⁵³⁹

Quanto ao erro sobre a identidade ou qualidades da pessoa do outro, o contrato é anulável quando a pessoa não tem a formação ou as qualidades descritas no contrato, como um pianista que não se formou na escola de música, mas por outra maneira. Esses erros se encaixam na definição de erros de fato, pois os erros incidem em circunstâncias fáticas. Existe, ainda, o erro de direito, que abarca a ignorância do contratante ou a falsa interpretação das normas jurídicas, tornando o contrato igualmente anulável.⁵⁴⁰

Para quem estipula o contrato os erros cabíveis são *erro-obstáculo ou erro na expressão de vontade, quando se trate do uso de expressões de linguagem, que não refletirem fielmente o seu pensamento*. Já o contratante, pode postulá-lo nos casos em que houve erro ao definir o objeto ou a natureza do contrato, contribuindo para um consentimento viciado, inclusive em

⁵³⁶ O próprio Código Civil o define no artigo 139: O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

⁵³⁷ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

razão do uso de certas expressões, as quais, ao final, descobre ter sentido diferente e lhe causa prejuízos.⁵⁴¹

Por si só, o erro não tem o condão de invalidar o negócio jurídico, segundo a inteligência do artigo 144,⁵⁴² do Código Civil, bem como consoante ao princípio da conservação contratual – o qual prevê que, não havendo prejuízo e respeitando-se as determinações legais, resguarda-se a eficácia jurídica do ato realizado. Assim, *convalesce-se o erro* em razão do resultado final ter atendido às expectativas do contratante.⁵⁴³ No entanto, no direito brasileiro, qualquer cláusula que dificulte a compreensão ou não seja explicitada corretamente ao contratante, se o erro for justificável, o negócio jurídico pode ser anulado. Isso porque os contratos não podem ser anulados sob a mera alegação de má-compreensão ou erro na interpretação, o que dificultaria a transferência de contratação para circular bens e serviços.⁵⁴⁴

3.1.4. Dolo e Violência

No dolo, uma das partes induz o contraente a realizar o negócio, utilizando-se de meios ardilosos para forçar a outra parte a incidir em situação de erro sobre o objeto. Essa indução também pode ser uma omissão quanto às características essenciais do bem. O contrato, então, pode ser anulado para desvincular a parte das obrigações aquiescidas.⁵⁴⁵

O dolo deve ter sido de tal forma que o contrato apenas terá sido realizado por força dele e por omitir ou emitir falsa informação sobre o bem – daí o negócio é realizado com erro essencial – *dolus malus*.⁵⁴⁶ O *dolus bonus* é a propaganda na qual há emissão de informação sobre a superior qualidade do produto, indução a erro facilmente identificável, como nos casos de propagandas do melhor pastel da feira, melhor bolo de chocolate etc. Incorrendo nesse erro, não se pode pleitear a anulação do negócio. Fora a rescisão contratual, a parte pode pleitear indenização e/ou restituição pelos danos – moral e material – causados, eventualmente, se verificados na realização do contrato.

⁵⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁴² Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

⁵⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁴⁴ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵⁴⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

A violência ou coação, por seu turno, está disciplinada nos artigos 151 a 155, do Código Civil. Pode ser pelo uso de força física ou psíquica – ameaça. O artigo 151,⁵⁴⁷ do Código Civil, considera viciada a declaração de vontade se houver temor real de dano iminente e considerável a sua pessoa, família ou bens. A coação é analisada a partir do ato de quem intenta a violência e das condições pessoais da vítima, conforme regra do artigo 152,⁵⁴⁸ do Código Civil, onde se sopesam o sexo, a idade, a condição e a saúde, determinando-se se houve neutralização completa da manifestação da vontade da parte. A ameaça implica em sentimentos de embaraços, turbação ou capazes de viciar a vontade. Ao contrário da situação anterior, não há neutralização da vontade, mas influência direta sobre ela. Em ambos os casos, o contrato é anulável, em razão da ausência do elemento essencial da autonomia da vontade, eivando de vício o consentimento.⁵⁴⁹

3.1.5. Simulação

Na simulação, a livre vontade e o interesse real do contraente não correspondem à realidade, podendo uma das partes incorrer em erro essencial sobre o objeto (erro), incorrer em erro por ser enganado por terceiro (dolo) ou porque, após ameaça, resolveu contratar (coação). Esses são os vícios da vontade. A simulação, contudo, é baseada na deturpação da realidade, cujo pacto, o contrato, é resultado do que se intenta simular, uma situação aparente, revestida de todas as características de um contrato, porém falso em sua essência. Ela se divide em relativa e absoluta. A relativa produz efeitos diversos dos inicialmente avençados no instrumento, como a compra e venda de imóvel por valor irrisório. A absoluta produz os efeitos desejados com o contrato, como no caso de uma doação, onde o doador fica *sem bens*, mas continua usufruindo o imóvel.⁵⁵⁰

Na prática, a simulação pode ser realizada para fraudar à Receita Federal, direitos dos credores, de terceiros, à lei (simulação do contrato de sociedade, elidindo o princípio da responsabilidade ilimitada), dentre outros. O negócio simulado inexistente entre as partes, mas seus efeitos podem ser verificados se o contrato for celebrado na forma estabelecida em lei.

⁵⁴⁷ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

⁵⁴⁸ Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

⁵⁴⁹ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵⁵⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

Terceiros de boa-fé têm seu direito tutelado pela lei, garantindo que, em caso de lesão, poderão opor seu contrato perante as partes que realizaram a simulação.⁵⁵¹

3.1.6. Nulidade e Ordem Pública

O interesse público nos contratos existe pela manutenção da ordem, dos bons costumes e do respeito às leis. A nulidade ocorre quando o ordenamento jurídico reprova a cláusula ou a forma avençada da operação jurídico-econômica. Sob esse aspecto, a reprovação pelo ordenamento pode ocorrer pela ilicitude dos motivos que formaram o contrato, podendo incidir sanções ao estipulante.⁵⁵²

A causa para contratar é a própria operação. Os motivos nem sempre são exteriorizados, porquanto inerentes à própria psique do contratante. Entretanto, sempre que a causa ou o motivo se chocar com a função social do contrato, moral, bons costumes, boa-fé, normas cogentes e interesse público, será considerado ilícito.⁵⁵³ Daí porque, havendo determinação legal quanto à forma do contrato, sendo entabulado de maneira diversa, também será considerado nulo. A manutenção do ordenamento legal e jurídico atende à supremacia do interesse público.

As normas regentes dos limites contratuais podem ser dispositivas ou imperativas. As impositivas são estabelecidas em lei, devendo, obrigatoriamente, ser observadas e respeitadas. As dispositivas integram o conteúdo do contrato, determinando seus efeitos, somente no caso de os contratantes não terem optado por solução diversa, exemplificado pela expressão *salvo convenção em contrário* ou *se as partes não houverem disposto diferentemente*.⁵⁵⁴

As imperativas asseguram que não haverá conflitos entre as normas contratuais e os valores, objetivos e interesse público. Entretanto, algumas dessas normas, especialmente as relativas à ordem pública de proteção, *são inderrogáveis apenas numa direção*, isto é, não se pode renunciar a direitos previstos em lei, mas podem-se estabelecer condições para seu uso, como no caso do seguro e do contrato de trabalho: não se é permitido contratar um empregado abaixo do salário mínimo, porém é permitido especificar que, conforme seu desempenho, a remuneração será paralela. Tudo que for contrário é considerado nulo. No caso da cláusula, é como se não tivesse sido escrita. Inclusive, algumas normas se inserem automaticamente no

⁵⁵¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*

contrato, por decorrerem de lei, mesmo se as partes apresentarem vontade diversa. Podem desempenhar, ainda, *função meramente subsidiária ou supletiva*, ocasião na qual todos os outros aspectos contratuais que não foram discutidos e sobre os quais não se chegou a uma conclusão, tem seus efeitos determinados *justamente pelo complexo de normas dispositivas*.⁵⁵⁵

3.1.7 O Reequilíbrio Contratual

O Estado tem interesse na conservação dos contratos, bem como na sua adequação à situação fática das partes. Em outras palavras, os contratos devem ser reequilibrados para manterem as partes vinculadas aos seus termos, permitindo, a execução dos serviços contratados, a venda do bem móvel ou imóvel e o pagamento por esses da forma descrita no instrumento.⁵⁵⁶

A conservação do contrato, portanto, é de interesse público em razão da relevância social do instrumento, pois garante a circulação de riquezas. Assim, verificando-se um erro na formação ou no processo de criação do contrato, é possível que se mantenham os termos ou sejam ajustados de forma a permitir a manutenção do equilíbrio fático das partes.⁵⁵⁷

Enquanto princípio, havendo cláusulas com mais de uma interpretação possível, ao invés de optar pela recusa, pode-se escolher a interpretação que garanta a máxima eficácia ao contrato: *se uma interpretação nega efeito ao contrato e a outra o garante, por esta última deve-se guiar o intérprete*.⁵⁵⁸

3.2. Acórdãos paradigma e Tema 971

Quando as partes não conseguem chegar a um acordo em relação aos termos de um contrato, seja porque houve causa para inadimplemento ou porque a prestação se tornou por demais onerosa, um terceiro deve ser consultado para analisar o documento e, assim, reinterpretar as cláusulas para retornar as partes a um equilíbrio. Esse terceiro é o Poder Judiciário. Primeiro, destaca-se que a manutenção do contrato, ou o princípio da conservação

⁵⁵⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁵⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

contratual, serve à função social do instrumento, devendo a extinção dele ser considerada como último recurso, após o pleno esgotamento de todas as formas e meios possíveis de revisão para retornar ao equilíbrio.⁵⁵⁹

O papel do Poder Judiciário é de aplicar o direito da melhor forma cabível nos casos concretos, trazendo mais certeza à ciência. As decisões servem como base para ações futuras, a partir da interpretação das normas, preceitos éticos, morais e democráticos.⁵⁶⁰ O projeto de pesquisa, em sua concepção inicial, estava voltado para a inversão das cláusulas contratuais, especialmente em contratos por adesão existente em relações consumeristas. Durante o trabalho, verificou-se que essa inversão é aplicada, principalmente, nos contratos compra e venda de imóvel – em sua maioria aqueles que ainda estavam na planta.

A análise dos julgados, bem como os demais tópicos até aqui desenvolvidos, por tais motivos em referência, guarda relação com esse tipo contratual no qual se entendeu ser cabível a inversão da cláusula penal, explicitada no item 2.3.2, além de estabelecer quais os limites práticos do judiciário nas relações particulares. A inversão de cláusulas que preveem ônus apenas ao consumidor pode ser aplicada para reequilibrar relações dessa natureza, bem como servir de diretriz na elaboração de contratos futuros, objetivando maior cuidado na estipulação de seus termos, em princípio.

Para melhor compreender a construção jurisprudencial, entretanto, antes de adentrar nos dois Recursos Especiais fomentadores do Tema 971,⁵⁶¹ alguns esclarecimentos são necessários. O Recurso Especial está previsto no artigo 105, III, da Constituição Federal, bem como no artigo 1.029, do Código de Processo Civil. O cabimento só é possível após o esgotamento das vias judiciais recursais, isto é, a decisão atacada deve ter sido proferida em única ou última instância. Nos juizados especiais não cabe Recurso Especial, pois o requisito constitucional é de que a decisão tenha sido proferida por Tribunais Regionais Federais ou por Tribunais

⁵⁵⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Vol. 3 - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, 14ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984014/>. Acesso em: 18 Mar 2020.

⁵⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁶¹ No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

estaduais, do Distrito Federal e Territórios. Sendo o juizado composto por juízes de primeiro grau de jurisdição não há a natureza de tribunal.⁵⁶²

Os requisitos constitucionais cumulativos são, portanto, a decisão de única ou última instância ou decisão proferida por tribunal. Já os pressupostos alternativos estão elencados nas alíneas do artigo 105, III, da Constituição Federal, quais sejam *a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.* O Código de Processo Civil prevê como requisito adicional o prequestionamento, no qual o objeto do Recurso Especial deve ter sido confrontado ou abordado em decisão prévia pelos Tribunais, corroborando com a concepção de órgão revisor de decisões. O motivo é impedir a análise em sede de Recurso Especial matéria alheia à decisão prévia, vedando-se nesse recurso a análise de forma originária pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁶³ Caso o recurso seja interposto com essa intenção, encontrará óbice na Súmula 7.⁵⁶⁴

A interposição do recurso é feita perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, intimando-se a parte adversa para apresentar contrarrazões no prazo de 15 dias.⁵⁶⁵ Havendo ou não resposta, os autos são encaminhados ao presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau para juízo de admissibilidade recursal e estes são os possíveis da análise: i) negar seguimento ao recuso se o acórdão atacado estiver em conformidade com entendimento do Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos Recursos Repetitivos; ii) se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, encaminham-se os autos para o órgão julgador exercer o juízo de retratação; iii) não havendo a retratação, o presidente ou o vice-presidente analisam a admissibilidade e, sendo positivo, são encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça; iv) se o recurso versar sobre controvérsia de caráter repetitivo não decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, será sobrestado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal, sem que seja submetido ao juízo de admissibilidade; v) por fim, cabe ao presidente ou vice-presidente selecionar o recurso como representativo de controvérsia infraconstitucional, após análise de admissibilidade.

⁵⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, volume único*. 10 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2018.

⁵⁶³ *Ibidem*.

⁵⁶⁴ Superior Tribunal de Justiça, Súmula 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

⁵⁶⁵ Confira o artigo 1.030, do Código de Processo Civil, artigo 1.030 e incisos.

O Recurso Repetitivo, cuja previsão legal está nos artigos 1.036 ao 1.041, do Código de Processo Civil, refere-se aos recursos interpostos reiteradamente com a mesma matéria e o mesmo objeto; o direito debatido é idêntico. A multiplicidade de recursos impõe, conforme artigo 1.036, *caput*, aplicar o regime de afetação descrito anteriormente. O presidente ou vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, na função de relator, selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhará ao Superior Tribunal de Justiça para, assim, julgá-lo como repetitivo.⁵⁶⁶

Do julgamento do repetitivo, conforme artigo 1.039, do Código de Processo Civil, um dos dois resultados poderá ocorrer: declaração de prejudicialidade dos demais recursos ou decisão com base na tese firmada. Essa decisão ou declaração será feita pelo órgão colegiado ou por decisão monocrática do relator. O efeito de sua publicação para os outros processos suspensos com igual teor, de acordo com o artigo 1.040, III, do Código de Processo Civil, é a retomada do curso procedimental, aplicando-se-lhes a nova tese formulada de eficácia vinculante.⁵⁶⁷

Em decorrência do grande volume de ações que culminaram em Recursos Especiais sobre a possibilidade da inversão da cláusula penal em favor do consumidor, devido ao fato de não haver previsão de pena à vendedora pela demora injustificada ou pela não entrega do imóvel, esse órgão julgador, a partir do artigo 1.036, do Código de Processo Civil, reuniu as ações que versavam sobre a inversão e determinou a suspensão desses processos, para julgar em sede de recurso repetitivo e dirimir a controvérsia. Os 229 resultados encontrados no sítio de pesquisa de jurisprudência do STJ são compostos por três decisões em sede de Acórdão de Representativos de Controvérsia (Repetitivos) e 226 em Acórdãos, de modo geral e são analisados no item 3.3 deste capítulo.

O cenário que despontou por tal motivo foi, em alguns casos, a desistência em recorrer quanto à inversão da cláusula, mantendo apenas o pedido da restituição dos valores pagos, ainda em segunda instância perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pois todos os processos dessa natureza foram sobrestados, suspensos, até o julgamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça. Como crítica, ao interpor o Recurso Especial, a parte não esperava

⁵⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, volume único*. 10 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2018.

⁵⁶⁷ *Ibidem*.

ou pretendia que seu processo sofresse afetação e, portanto, retirasse sua liberdade em desistir do recurso e aceitar os efeitos da decisão do juízo de primeira instância.⁵⁶⁸

Outro problema nasce dessa situação: ao julgar o repetitivo, não há como considerar que *um só* caso servirá perfeitamente para todas as outras ações, pois *o direito não cabe em uma ementa*.⁵⁶⁹ E mais, muito embora o artigo 998, do Código de Processo Civil, permita ao recorrente o exercício de sua liberdade em desistir do recurso, para o STJ,⁵⁷⁰ o dispositivo não pode ser interpretado de *forma isolada*, vez que o órgão julgador fixa *teses de interpretação de lei infraconstitucional*, pois os *recursos ultrapassam o interesse individual das partes envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos*. Permitir a desistência seria permitir a manipulação da *atividade jurisdicional do STJ e, em última análise, os destinos da jurisprudência*.⁵⁷¹

O motivo do debate se dá porque a desistência do recurso acarreta em impedimento ao seu conhecimento.⁵⁷² Entretanto, a doutrina diverge desse entendimento pois a desistência inscrita no artigo 998, do Código de Processo Civil, aduz ser direito da parte, cabendo somente a ela decidir se desiste ou não do recurso, até porque existem outros de igual teor os quais poderiam ser encaminhados para julgamento sob essa óptica. Assim, o posicionamento do STJ iria de encontro à parcela da doutrina que entende ser direito subjetivo individual e exclusivo da parte recorrente, *cujas lide somente a ele [...] concerne, ao argumento de que, escolhido como paradigma, para julgar-se a tese jurídica como recurso repetitivo, desapareceria o direito individual da parte e sobrelevaria o interesse público no julgamento da tese controversada*.⁵⁷³

Feita essa breve explanação acerca dos Repetitivos, na pesquisa de jurisprudência para o trabalho, foram encontrados três Recursos Especiais, dos quais apenas um não guarda relação

⁵⁶⁸ ROSSI, Júlio César. *Precedente à Brasileira: A Jurisprudência Vinculante no CPC e no Novo CPC*. Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000528/>. Acesso em: 01 Sep 2020.

⁵⁶⁹ *Ibidem*.

⁵⁷⁰ A esse respeito, confira o relatório e voto da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.721.705/SP.

⁵⁷¹ CONJUR. *Desistência do autor não impede julgamento de recurso, diz 3ª Turma do STJ*. Artigo da internet. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-05/desistencia-nao-impede-julgamento-recurso-turma-stj>. Acesso em setembro de 2020.

⁵⁷² ALVIM, Eduardo Arruda. GRANADO, Daniel Willian. *Desistência recursal e recursos repetitivos*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 41, p. 13-26, Julho-Setembro/2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/41cpc%202.pdf?d=636687290507196448>. Acesso em setembro de 2020.

⁵⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. Livro eletrônico. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

com o que ora se propõe (Recurso Especial nº 1060210/SC).⁵⁷⁴ Os demais – Recurso Especial nº 1.631.485/DF e Recurso Especial nº 1.614.721/DF – estão ligados diretamente ao Tema 971,⁵⁷⁵ o qual tinha por escopo definir a possibilidade ou não de inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente em desfavor do adquirente, nos casos de atraso ou inadimplemento da construtora em entregar o imóvel.⁵⁷⁶

A aludida tese fora firmada a partir dos vários processos existentes, os quais pleiteavam a inversão da cláusula penal estipulada pelo promitente vendedor de imóvel, em contrato de adesão, onerando apenas ao adquirente, nas situações de atraso de pagamento ou inadimplemento contratual, inclusive por rescisão do instrumento por motivos pessoais. No julgamento do tema em referência,⁵⁷⁷ o Ministro Salomão registrou que *a tendência mundial é*

⁵⁷⁴ O recurso versa sobre “Execução Fiscal proposta pelo Município de Tubarão/SC para cobrança de débito de ISSQN sobre operações de *arrendamento mercantil*, trazendo a debate 3 questões fundamentais: (a) a incidência ou não do ISSQN em operações dessa natureza; (b) o Município competente para a sua cobrança; (c) a base de cálculo do imposto”. REsp 1060210/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 05/03/2013.

⁵⁷⁵ No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

⁵⁷⁶ Definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda.

BRASIL. Repetitivos e IACs. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1614721. Acesso em maio de 2020.

⁵⁷⁷ Desse modo, consoante iterativa jurisprudência do STJ, em caso de inadimplemento (absoluto ou relativo), se houver omissão do contrato, cabe, por imperativo de equidade, inverter a cláusula contratual penal (moratória ou compensatória), que prevê multa exclusivamente em benefício da promitente vendedora do imóvel. No entanto, esses precedentes visam, justa e simetricamente à manutenção do equilíbrio da base contratual para a adequada reparação do dano, tomando a cláusula penal estipulada em benefício de apenas uma das partes como parâmetro objetivo, inclusive ressaltando, por exemplo, o abatimento do valor de um aluguel por mês de uso do imóvel.

[...]

No âmbito consumerista (caso da presente relação contratual, em que a promitente compradora pretende residir no imóvel), as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem levar em conta o art. 4º daquele diploma, que 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 os princípios que devem ser respeitados – entre 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”.

[...]

A par da exigência de que as relações entre consumidores e fornecedores devem ser equilibradas (art. 4º, inciso III), tem-se também como um direito básico do consumidor a “igualdade nas contratações” (art. 6º, inciso II), além de outros direitos não previstos no CDC, mas que derivam “dos princípios gerais de direito” e da “equidade” (art. 7º).

[...]

Finalmente, destaco que é tendência mundial exigir reciprocidade entre as multas impostas ao consumidor e ao fornecedor, o que foi adotado na Diretiva n. 93/13, do Conselho da Comunidade Econômica Europeia (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”.

a de se exigir reciprocidade entre as penalidades impostas ao consumidor e ao fornecedor de determinado produto. Mais ainda, destacou que estipular cláusula penal exclusivamente em relação ao consumidor exime o fornecedor de qualquer *reprimenda* no caso de descumprimento.⁵⁷⁸

Ao definir esse entendimento, em novembro de 2019, todos os processos que guardavam similaridade com o caso, passaram a ser julgados de forma a inverter a cláusula penal em favor do consumidor, quando verificado o inadimplemento contratual por parte da construtora – promitente vendedora – em não entregar o imóvel dentro do prazo previsto, já inclusos os 180 dias de tolerância. Entretanto, em pesquisa realizada no sítio do Conselho Nacional de Justiça, o Pannel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios apresentou ainda estarem sobrestados 8.482 processos na justiça estadual e seis em tribunais superiores.⁵⁷⁹

Os Recursos Especiais selecionados como representativos de controvérsia, 1.617.721/DF e 1.631.485/DF, com data de afetação em 03 de maio de 2017 e trânsito em julgado em 08 de novembro de 2019 e 26 de novembro de 2019, respectivamente,⁵⁸⁰ serão analisados em conjunto. Em seguida, elencam-se os argumentos encontrados a favor ou contra os resultados que levaram à possibilidade da inversão da cláusula penal quando estipulada unilateralmente em desfavor do promissário comprador do bem imóvel.

À vista disso, seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia adotada no CDC, ou, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de estipular cláusula penal exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou de inadimplemento contratual absoluto, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor em situações de análogo descumprimento da avença. Destarte, prevendo o contrato a incidência de multa para o caso de inadimplemento por parte do consumidor, a mesma multa deverá ser considerada para o arbitramento da indenização devida pelo fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento absoluto – Recurso Especial nº 1.614.712/DF.

⁵⁷⁸ BRASIL. Segunda Seção fixa teses sobre penalidades por atraso na entrega de imóvel. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Segunda-Secao-fixa-teses-sobre-penalidades-por-atraso-na-entrega-de-imovel.aspx>. Acesso em maio de 2020.

⁵⁷⁹ BRASIL. Pannel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em 08 de setembro de 2020.

⁵⁸⁰ BRASIL, Repetitivos e IACs. Tema/Repetitivo 971. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1614721. Acesso em outubro de 2020.

3.2.1. Recurso Especial nº 1.614.721/DF (2016/0187952-6) e Recurso Especial nº 1.631.485/DF (2016/0266913-0)⁵⁸¹

A análise dos Acórdãos referentes aos Recursos Especiais supracitados é feita em duas partes. Muito embora a causa de pedir seja semelhante a ambos, mister se faz distinguir algumas especificidades quanto ao processo originário. Os argumentos registrados em ambos os processos pelo Relator Ministro Luis Felipe Salomão, voto vencedor, bem como da Ministra Maria Isabel Gallotti, voto divergente, relacionados à fixação da tese ventilada pelo Tema 971, são idênticos, com exceção da descrição do caso concreto de cada um dos recursos e, por esse motivo, desnecessária a análise individual – toda a fundamentação para o voto da tese em si é igual. Portanto, primeiro serão expostos os casos concretos e suas peculiaridades e, segundo, adentra-se no mérito da discussão que culminou com o tema em referência.

A pretensão inicial, referente ao Recurso Especial nº 1.614.721/DF, limitava-se à indenização por perdas e danos em desfavor da construtora, em razão do atraso dessa última para concluir as obras mesmo após o prazo de tolerância entabulado de 180 dias. A consumidora, no entanto, já havia cumprido com suas obrigações contratuais na data do ajuizamento da ação. Assim, por conta dos prejuízos materiais com o atraso na entrega, pleiteou-se:

i) declaração de nulidade da cláusula de tolerância quanto ao prazo de entrega do imóvel objeto do contrato e da que relativiza o início do prazo de entrega; ii) indenização de lucros cessantes; iii) inversão dos encargos moratórios [...]; e iv) condenação da ré ao pagamento dos impostos e taxa de condomínio até a entrega efetiva do imóvel.

Em sede de primeira instância, os pedidos foram considerados parcialmente procedentes: i) declarou-se nula a cláusula que fixava como termo inicial do prazo de entrega do imóvel a data da assinatura do contrato de financiamento bancário; ii) condenou-se a construtora ao pagamento de lucros cessantes no valor de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais); iii) pagamento dos *créditos tributários e condominiais* relacionados ao imóvel até a entrega, *sob pena de conversão da obrigação em perdas e danos*; iv) pagamento da multa prevista como encargos moratórios destinada ao consumidor, aplicada, no caso, de forma invertida.

⁵⁸¹ Confira as Ementas dos Recursos Repetitivos na íntegra nas referências.

Na apelação, a construtora alegou estar o Poder Judiciário criando *cláusula favorável ao consumidor*, sem a prévia discussão entre as partes. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, diante disso, entendeu ser *inviável a inversão da cláusula penal em favor do consumidor*, modificando a sentença nesse ponto, relatando não ser *possível a inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor porque não cabe ao julgador inovar no contrato*. Na sequência, foi interposto o Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sob a fundamentação de afronta aos artigos 408, 409 e 410, do Código Civil, bem como por divergência em relação aos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Em relação ao Recurso Especial nº 1.631.485/DF, a petição inicial – ação declaratória de resolução contratual combinada com perdas e danos –, fora ajuizada em virtude do atraso na conclusão das obras pelo período de dez meses, já computado o prazo de tolerância de 180 dias. O autor alegou que o atraso na entrega do imóvel acarretou prejuízos materiais e emocionais, condicionando, ainda, o distrato à retenção de 55% dos valores pagos. Pleiteou a rescisão contratual face o inadimplemento da Ré, com a restituição integral dos valores pagos, a incidência da multa moratória contratual, a indenização por lucros cessantes e a inversão da cláusula penal compensatória a seu favor. Apontou, por fim, a ilegalidade do ônus do pagamento da comissão de corretagem atribuído ao consumidor e a cobrança de juros sobre o saldo devedor antes da entrega das chaves, requerendo:

(a) a decretação da rescisão do contrato entabulado entre as partes por culpa da ré; (b) a condenação da requerida à restituição integral dos valores pagos pelo autor; (c) a condenação da demandada ao pagamento de multa compensatória; (d) a condenação da requerida ao pagamento de multa de 15% sobre o valor pago; (e) a condenação da requerida ao pagamento de lucros cessantes, desde o término do prazo de entrega (incluindo prazo de tolerância) até a disponibilização da unidade em 16/01/2015; (f) a condenação da ré à restituição do valor pago a título de comissão de corretagem; (g) a condenação da requerida nas verbas sucumbenciais.

O juízo de primeira instância julgou parcialmente procedente os pedidos para: i) decretar a rescisão do contrato entabulado; ii) condenar a Ré à restituição integral de todos os valores pagos, exceto a título de comissão de corretagem; iii) condenar a Ré ao pagamento de aluguéis mensais, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pelo período de 30.03.2014 a 08.09.2014. Interposta a Apelação por ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios negou provimento ao recurso do Autor e deu parcial provimento ao da Ré, modificando a

Sentença para afastar a condenação pelos lucros cessantes. Foram opostos Embargos de Declaração para esclarecer o acórdão *no sentido de que a modalidade de rescisão operada no presente caso não gera prejuízo, em oposição à alegação de que a entrega do imóvel fora do prazo gera prejuízo ao promitente comprador*. Também arguiu-se omissão quanto à equidade do contrato, por ser a multa compensatória prevista apenas no caso de inadimplemento contratual pelo comprador. Assim, sobreveio Recurso Especial, igualmente fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, por, além de dissídio jurisprudencial, ofensa direta aos artigos 6º, inciso V, e 51, inciso IV, § 1º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, artigos 389, 395 e 402, do Código Civil, e artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

A reincidência de questionamentos dessa natureza perante o Poder Judiciário motivou a proposta de afetação dos recursos como representativos de controvérsia, restando assim delimitada:

Definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendeu por não aplicar a condenação por lucros cessantes e a inversão da cláusula penal em virtude da *distinção e finalidade* dos institutos, *sob pena de enriquecimento sem causa do promitente comprador*. O consumidor, por seu turno, *sustentou a possibilidade de inversão da cláusula penal [...] em virtude de seu inadimplemento ao não entregar o imóvel [...] no prazo acordado*. Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, ressaltaram-se os vários julgados nos quais era reconhecida a possibilidade de inversão da aludida cláusula, ante ao inadimplemento, bem como indenização por lucros cessantes *pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente vendedora*, aplicados de forma cumulativa; *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*. O argumento autorizador para tanto é:

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 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 ao fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento.

Em 26 de abril de 2017, a afetação foi acolhida, servindo como justificativa a multiplicidade de processos com questão de direito idêntica, *evidenciando o caráter multitudinário da controvérsia*, afetando-se tanto o Recurso Especial em referência, quanto o analisado no próximo item – 3.2.2 – 1.631.485/DF, consoante artigo 1.036, § 5º, do Código de Processo Civil, adotando-se as seguintes providências além da delimitação da tese citada anteriormente: i) *suspensão do processamento de todos os processos pendentes* em trâmite em território nacional com discussão idêntica, não se impedindo o ajuizamento de novas ações e não se sobrestando as transações efetuadas ou futuras – artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil; ii) *comunicação [...] da decisão colegiada [...] aos em. Ministros da Segunda Seção do STJ e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais*; iii) vista ao Ministério Público para parecer – artigo 1.038, inciso III, § 1º, do Código de Processo Civil.

No ano seguinte, em 29 de junho, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, designou a realização de audiência pública, por força do artigo 185, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, para contribuir com a decisão em razão da *patente transcendência social, econômica e jurídica do precedente* a ser firmado e capaz de consolidar a jurisprudência quanto à *possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega do imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda*. Participaram como interessados – *amici curiae* – o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC, o Instituto de Promoção e Defesa do Cidadão e Consumidor do Estado do Maranhão – Procon/MA, o Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas do Estado de São Paulo – SINDUSCON-SP e o Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON-FPOLIS.

Após a mencionada audiência, realizada em agosto daquele ano, sobreveio questão de ordem, também do Ministro Salomão, com o fito de esclarecer os pontos considerados relevantes e a fim de evitar *surpresa para as partes e insegurança jurídica*. Apresentou trecho

do parecer do Ministério Público, o qual opinou pela possibilidade da inversão da cláusula penal *estipulada exclusivamente em favor do prestador de serviços*, suscitando a constitucionalização do direito privado. Destacou, também, duas manifestações reputadas relevantes. A primeira, do Professor José Fernando Simão, ponderou pela impossibilidade da inversão, pois a natureza jurídica da cláusula incide sobre o inadimplemento do consumidor; a inversão desconsideraria a diferença entre as prestações de *dar e fazer, dar e não fazer ou fazer e não fazer*, sustentando a nulidade enquanto cláusula abusiva em invés da pura inversão. Na segunda, Sylvio Capanema, seguindo esse entendimento de impossibilidade de inversão, consignou ser a obrigação da incorporadora de fazer e a do consumidor obrigação pecuniária, distintas, assim, vedando a criação de pena não prevista em contrato pelo Poder Judiciário, para não interferir na *autorregulamentação dos interesses privados*.

Durante o curso processual da demanda, editou-se a lei 13.786,⁵⁸² de 27 de dezembro de 2018,⁵⁸³ que previa a devolução integral dos valores pagos pelo consumidor bem como da incidência da multa estabelecida em caso de atraso na entrega do imóvel.⁵⁸⁴ Isso gerou a discussão, segundo o Ministro, sobre sua aplicação no tempo, isto é, se aplicável aos contratos entabulados antes de sua vigência; se aplicável em outros contratos similares por analogia ou apenas se *envolver imóveis em incorporação imobiliária (imóveis “na planta”) ou loteados*; e se o Código de Defesa do Consumidor seria afastado em havendo incompatibilidades.

No estudo dos Consultores Legislativos Carlos E. Elias de Oliveira e Bruno Mattos e Silva, carreado aos autos, à parte das críticas quanto a técnica utilizada na redação da lei, registrou-se a criação de uma *nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposo*. A lei, por analogia, poderia ser aplicada em outras espécies de contratos *envolvendo transferência de imóvel*, mas tão somente nas relações de consumo. Outrossim, contratos anteriores e seus efeitos futuros não poderiam ser atingidos pela aludida lei. Em outras palavras, *se, após a entrada em vigor da nova lei, um consumidor incorrer em inadimplência em relação a um contrato antigo, o caso deverá ser disciplinado pela legislação anterior*, vez ser vedada pela Constituição Federal a retroatividade de nova lei. Propôs, ao final, a modulação de seus efeitos em homenagem à manutenção da

⁵⁸² BRASIL. Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm. Acesso em outubro de 2020.

⁵⁸³ A Lei alterou alguns dispositivos da já existente Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 – *Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias*. (sic)

⁵⁸⁴ Confira o artigo 43-A, da Lei em referência.

segurança jurídica e da legalidade frente à potencial mudança de jurisprudência consolidada, aplicando essa nova interpretação apenas nas ações ajuizadas posteriormente à edição do Tema 971, princípio constitucional⁵⁸⁵ e infraconstitucional –⁵⁸⁶ na mesma linha, o artigo 131, do Código Civil, segundo a questão de ordem, a disposição da cláusula penal *protrai o eventual exercício, mas não a aquisição do direito, que se integra imediatamente ao patrimônio jurídico da pessoa, sem afetar sua existência e validade*; e o artigo 6º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que determina a não interferência ao *ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*.

O contrato, repise-se, tem como efeito principal a criação de vínculo jurídico entre as partes, perfazendo fonte de obrigações a serem cumpridas nos exatos termos descritos. Ressalta-se, ainda, que o contrato somente pode ser desfeito por acordo de vontades ou nos casos previstos por lei, bem como a proibição de alteração de suas cláusulas sem o consentimento das partes. Assim, a intervenção do Poder Judiciário está restrita à decretação de nulidade ou resolução, mas não poderia modificar a essência do conteúdo, sob pena de interferência direta na economia nacional e na liberdade de contratar, pois a própria autonomia da vontade seria atingida na sua essência, a qual é representada pela faculdade em se obrigar ou não aos termos contratuais. Por outro lado, reitera-se que esse princípio da força obrigatória dos contratos tem seu efeito mitigado,⁵⁸⁷ sobretudo em relação em decorrência da cláusula *rebus sic stantibus*, onde a execução do contrato se dá conforme a situação de fato existente no momento da contratação, elidindo a possibilidade de sua afetação por terceiros, *in casu*, o judiciário.⁵⁸⁸ O entendimento é desdobramento da função social dos contratos e da boa-fé, bem como da relativização dos efeitos contratuais e do princípio da conservação dos contratos, permitindo a manutenção da segurança jurídica.⁵⁸⁹ Por tais motivos, o alerta feito pelo Ministro serve para

⁵⁸⁵ Constituição Federal, artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁵⁸⁶ Código de Processo Civil, artigo 927: Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

⁵⁸⁷ Os pactos devem ser observados.

⁵⁸⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁵⁸⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

sopesar a aplicação ou não da nova lei em comento, bem como sobre a inversão da cláusula penal de modo a não ferir as relações contratuais estabelecidas antes do debate.

O julgamento do Tema 971 ocorreu no dia 08 de maio de 2019. Feito o relatório com os apontamentos até aqui apresentados, o Ministro Luis Felipe Salomão, relator, proferiu seu voto, do qual destacam-se os elementos a seguir explicitados. À época da celeuma jurídica, havia 6.427 recursos relacionados ao Tema 971, de acordo com o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, que provavelmente não refletiam a realidade, por ser comum *existir um número bastante superior de feitos sobrestados sem que se tenha efetuado o respectivo lançamento de decisões ou de códigos padronizados para o acompanhamento*, segundo a Assessoria do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP.

Logo na parte inicial, o voto consignou a impossibilidade de aplicar os dispositivos da Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, aos casos pendentes de julgamento; decisão acertada em relação ao princípio da irretroatividade da lei no âmbito do Direito Privado, mantendo-se a segurança jurídica nos casos consolidados. Com isso, restou apenas a discussão em relação à controvérsia principal: *possibilidade ou não de inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto do contrato de compra e venda*.

No caso concreto do Recurso Especial nº 1.614.721/DF, a causa de pedir era a inversão da cláusula penal moratória prevista em desfavor do consumidor se o pagamento não fosse feito na data apazada, no montante de 2% do valor da prestação. A incorporadora, conforme disposto no Capítulo 2, item 2.1.2, tem a obrigação contratual de *promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas para distintos adquirentes da respectiva fração ideal do terreno, sob o regime de condomínio especial*, com finalidade residencial ou não, e a obrigação legal de inscrever a própria incorporação no registro imobiliário e *consignar nos documentos preliminares o prazo de carência*.

Após o prazo de carência ou do lançamento do empreendimento, por lei é obrigado a indicar o número de registro arquivado em cartório, os responsáveis pelo custeio da construção, a existência de ônus real ou fiscal, modo de pagamento do preço da construção, o custo da fração ideal e a dar andamento regular à obra. Já na sua conclusão, deverá providenciar a averbação da construção e a elaboração do instrumento de condomínio.⁵⁹⁰ O tipo do contrato

⁵⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 07 Oct 2020.

utilizado nessa relação negocial é o de adesão. O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 54, descreve contrato como *aquela 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*. Ao consumidor, assim, resta apenas a opção de contratar ou não por meio desse tipo de instrumento, não cabendo margem à discussão dos termos ou cláusulas, mesmo se lhe for desvantajoso.⁵⁹¹ Tudo isso serviu de base para o Ministro definir as atividades do incorporador como aquelas previstas no artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, *diante da multiplicidade de funções que exerce para dar seguimento ao empreendimento*.

Pacto acessório, a cláusula penal serve como indenização pré-fixada por eventuais danos no atraso ou inadimplemento do consumidor,⁵⁹² considerando a *pressa* do incorporador em concluir o empreendimento para obter melhores lucros. De maneira concomitante, confere maior segurança jurídica às partes, por dispensar a prova do dano.⁵⁹³ Citam-se, ainda, os artigos 389, 394 e 487, do Código Civil, os quais aduzem, em suma, *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*, bem como o artigo 402, do mesmo Código, em relação às perdas e danos, devidas ao credor, englobando o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar.

O montante devido a título de multa moratória acaso o incorporador se torne inadimplente, variava entre 0,5% a 1% do valor do imóvel, referente ao valor médio do aluguel, sendo esse o entendimento apresentado no voto, com base em outros julgados também do Superior Tribunal de Justiça, nos quais havia a condenação por lucros cessantes da construtora na situação de atraso na entrega do imóvel. Entretanto, o Ministro Salomão clareou qual função efetivamente a cláusula penal desempenha no contrato de adesão de promessa de compra e venda de imóvel: se é compensatória – caso de total inadimplemento – artigo 410, do Código Civil, ou moratória – destinada a assegurar o cumprimento de outra cláusula contratual, bem como para evitar a mora – artigo 411, do Código Civil.⁵⁹⁴ A conclusão é no sentido de que a multa contratual é tanto medida de coerção ao adimplemento do devedor quanto estimativa preliminar de eventuais prejuízos daí provenientes. Por desempenhar a função indenizatória em

⁵⁹¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵⁹² SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

⁵⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

valor pré-fixado e, sendo os lucros cessantes, previsto no artigo 402, aptos à mesma finalidade – reparação integral dos danos e prevenção de enriquecimento sem causa do lesionado pela mora –, afastou-se a cumulação entre cláusula penal moratória (ou qualquer outro nome estipulado em contrato com o mesmo sentido) e os lucros cessantes, para não incidir em *bis in idem*.

Com base em todas as considerações advindas da audiência pública, das manifestações dos interessados e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, restou assim consignado o entendimento: havendo previsão contratual da cláusula em referência (moratória ou compensatória) estipulada exclusivamente em benefício da promitente vendedora do imóvel, incidindo em inadimplemento (absoluto ou relativo), *por imperativo de equidade*, cabe sua inversão a favor do consumidor. A motivação principal é a *manutenção do equilíbrio da base contratual para a adequada reparação do dano*, perfazendo critério objetivo, inclusive, se for o consumidor inadimplente e usufruir do imóvel antes de sua quitação (pagamento de aluguel mensal).

O Ministro também salientou que *as diretrizes da sociabilidade e da eticidade foram alcançadas pelo Código Civil a postulados fundamentais. Nesse passo, os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais, consoante propugna a teoria preceptiva*.⁵⁹⁵ Ademais, a ideia de equivalência e equilíbrio contratual é a base ética das obrigações, igualmente registrada no Código de Defesa do Consumidor: i) artigo 4º, inciso III: *harmonia das relações de consumo e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*; ii) artigo 6º, inciso II: *igualdade nas contratações*; iii) artigo 7º: *princípios gerais de direito e equidade*. Adicionalmente, o artigo 51, incisos IX, XI e XII, do mesmo Código, estabelece o dever de reciprocidade de direitos entre fornecedores e consumidores, considerando-se abusivas cláusulas que imponham ônus ao consumidor ou acarrete em maior desigualdade ao favorecer apenas o estipulante. Em seu voto, também destacou ser *tendência mundial exigir reciprocidade entre as multas impostas ao consumidor e ao fornecedor, o que foi adotado na Diretiva n. 93/13, do Conselho da Comunidade Econômica Europeia (CEE), de 5/4/93, nos termos do art. 1º, alínea d*.

⁵⁹⁵ Capítulo 1, item 1.1. Conceito: A norma criada seria norma jurídica, atribuindo aspecto objetivo a ela. Porém, é resultado do produto de um comportamento subjetivo, descartando, assim, a função dispositiva contratual. GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

Ao final, pela simetria contratual, ficou estabelecido que a cláusula prevendo multa por mora fixada em 2% sobre o valor da prestação contratual na hipótese de inadimplemento do consumidor, sendo o fornecedor o inadimplente, não poderá incidir sobre o valor total do imóvel que deveria ter sido entregue, isto é a multa por mora contra o consumidor é calculada sobre a prestação, já a multa em sua aplicação inversa não pode incidir sobre o valor total do imóvel. A tese fixada, portanto, foi:

No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

Quanto ao caso concreto motivador do Recurso Especial ora em tela, deu-se parcial provimento para a parte consumidora (Recorrente), decisão acompanhada por maioria dos Ministros presentes:

[...] optar pela indenização pelo período de mora, tomando-se como parâmetro a cláusula penal moratória estabelecida apenas em benefício da incorporadora, mediante liquidação por arbitramento, para prévia redução a dinheiro das prestações de natureza heterogênea a dinheiro, afastando-se, nesse caso, a condenação ao pagamento de lucros cessantes.

A Ministra Maria Isabel Gallotti, em voto divergente, levanta outras questões para justificar a impossibilidade da inversão defendida pelo Ministro Salomão. A busca do equilíbrio contratual por meio da inversão de obrigações de naturezas diversas cria uma nova obrigação não pactuada pelas partes. Citou o seguinte trecho de um julgado, Recurso Especial nº 1.412.993/SP, de sua relatoria:

[...]ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de substituir o legislador, a “inversão” da cláusula deve partir do atendimento a dois pressupostos lógicos: a) que a cláusula penal tenha sido, efetivamente, celebrada no pacto; b) haja quebra do equilíbrio contratual, em afronta ao princípio consagrado no art. 4º, III, do CDC.

Para a Ministra, as repercussões do julgamento do Tema 971, em sede de recurso repetitivo, devem atender o *equilíbrio entre o interesse individual dos consumidores e o*

interesse coletivo dos demais envolvidos na incorporação, tendo em mira propiciar um mercado imobiliário saudável. A ausência de previsão de multa em desfavor ao incorporador não produz desigualdade entre os contraentes, pois a multa de 2% e os juros mensais de 1% têm caráter moratório sobre a parcela inadimplida, cuja finalidade é *garantir os interesses de ambas as partes, da incorporadora e do coletivo de adquirentes*, do contrário, a falta de pagamento pode inviabilizar todo o projeto. Portanto, não considera abusiva a estipulação unilateral, ao contrário, é necessária para resguardar esse interesse do empreendedor e do grupo de adquirentes em construir e receber o imóvel, respectivamente.

Definiu, também, que a conversão dessas obrigações heterogêneas não traz equidade à relação contratual, em decorrência da distinta finalidade desempenhada pela cláusula penal. Não existe simetria na imposição de penalidade a um dos contratantes, a inversão da cláusula é mera criação de nova obrigação. E mais, *a legislação não permite a criação de cláusula penal – sempre produto da autorregulamentação dos contratantes –; somente apresenta mecanismos ao julgador para sua dosimetria.* Fosse considerada abusiva a cláusula, conforme disposto em seu voto, a solução seria declará-la nula.

A construção do seu entendimento, sob o enfoque do artigo 416,⁵⁹⁶ do Código Civil, pondera a insuficiência compensatória da inversão, incapaz de atender plenamente o interesse do consumidor, porque *afastaria a possibilidade de qualquer outra pretensão de perdas e danos.* Mais ainda, *o absurdo dessa conclusão – criação, por inversão, de cláusula penal inexistente no contrato, privando o consumidor de qualquer outra pretensão de perdas e danos – realça o equívoco da pretendida inversão.* No caso concreto, ao determinar o pagamento pela fornecedora da multa e dos juros cabíveis ao consumidor, baseando-se nas prestações por ele pagas, inexistente nexos com a obrigação inadimplida da fornecedora. Em outros processos análogos, ressalta, a multa e os juros moratórios são calculados sobre o valor do contrato, não representando *mera inversão de encargos que deveriam incidir apenas sobre parcela do preço porventura não paga tempestivamente.*

O instituto da cláusula penal, valor compensatório pré-determinado no caso de inadimplemento da obrigação principal, seria *aniquilado*, pois consoante ao voto *do eminente Relator para converter em pecúnia, por meio de arbitramento [...] “apurando-se valor*

⁵⁹⁶ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

adequado e razoável para indenização pelo período da mora” não somente demonstra a diferença entre as obrigações das partes, como, na prática, além da criação de cláusula nova pelo Poder Judiciário, os parâmetros para definir tal valor seriam definidos a partir da análise de cada caso. A solução encontrada pela Ministra, seria:

A apuração, nesse caso, deve voltar-se à verificação do prejuízo concreto sofrido, a ser indenizado, e não, data maxima vênia, do valor da obrigação descumprida, para constituir a base de cálculo da cláusula penal invertida – na realidade, criada, uma vez que não pactuada pelas partes para o reforço da obrigação inadimplida.

A inversão como proposta pelo Relator poderia acarretar em maior risco na atividade de incorporação imobiliária, refletindo-se no valor repassado ao consumidor, além de ser incapaz de *servir de desestímulo ao atraso na entrega do bem*. Outrossim, com base em julgados anteriores, o Superior Tribunal de Justiça também previa o pagamento de lucros cessantes presumidos, equivalentes ao valor de imóvel semelhante, sujeitando o incorporador, igualmente, ao pagamento de outros prejuízos comprovados pela parte, decorrentes do descumprimento do prazo de entrega. Por esses motivos, sugeriu ao final, a fixação de outra tese, qual seja: *Não é possível a inversão da cláusula penal estabelecida em desfavor do adquirente para o pagamento das prestações com sua aplicação ao descumprimento pela construtora no prazo de entrega de imóvel em construção prometido à venda.*

No caso de ambos os Recursos Especiais interpostos, o provimento dado foi parcial, nos termos do voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, vencidos a Ministra Maria Isabel Gallotti e o Ministro Antonio Carlos Ferreira, que acompanhou o entendimento da divergência.

3.2.2. Comentários à Tese Firmada

A ampla discussão que antecedeu a edição do Tema 971, com a participação dos interessados e de juristas no curso do processo e, principalmente, pela realização da audiência pública, demonstra o cuidado do Poder Judiciário com seus jurisdicionados, sobretudo pela democratização do processo, tornando clara a aplicação dos princípios e regras do direito no

contexto fático dos contratantes,⁵⁹⁷ com vistas a promover melhor entendimento nesse tipo de relação econômica, essencial para o desenvolvimento da sociedade.⁵⁹⁸

Não fosse apenas a discussão da possibilidade da inversão da cláusula, no curso do processo foi publicada a Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, na qual se estabelece multa em caso de atraso na entrega do imóvel,⁵⁹⁹ gerando dúvidas quanto à sua aplicação aos processos em tramitação. Seja pelo princípio da irretroatividade estabelecido na Constituição Federal, Código Civil e Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁶⁰⁰ ou pela cláusula *rebus sic stantibus*,⁶⁰¹ afastou-se a incidência da lei em comento. De certa forma, o efeito da inversão da cláusula penal substitui tal dispositivo legal, porém se dá com a interferência do Poder Judiciário, modificando o contrato em sua essência, interferindo, então, na economia e na liberdade de contratar. Sua atuação, ressalte-se, está restrita à decretação de nulidade ou resolução do instrumento.⁶⁰²

Concorda-se com o Ministro Luis Felipe Salomão no que tange à *manutenção do equilíbrio da base contratual*. Realmente, o consumidor dispõe de poucos recursos para discutir termos contratuais, sobretudo nos de adesão, onde a vontade do estipulante é simplesmente imposta, cabendo apenas a opção de adquirir o imóvel ou não.⁶⁰³ Os contratos permitem operacionalizar a troca de riquezas e o desenvolvimento social, no entanto existem leis (ou existirão novas se assim o Poder Legislativo o desejar) disciplinando o instrumento cuja interpretação é feita pelo magistrado diante de um caso concreto. Toda a fundamentação explanada e aplicada no julgamento que culminou com a fixação dessa tese, apresenta a intenção de melhor equilibrar as relações de consumo, e isso por si só constitui um enorme ganho social, porque pode reduzir a exploração econômica monopolista.

⁵⁹⁷ CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

⁵⁹⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁵⁹⁹ BRASIL. Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm. Acesso em outubro de 2020.

⁶⁰⁰ Confira o inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal; artigo 927, § 3º, do Código de Processo civil; artigo 131, do Código Civil; e o artigo 6º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

⁶⁰¹ A execução do contrato deve ser feita de acordo com a situação de fato existente no momento da contratação.

⁶⁰² GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

⁶⁰³ *Ibidem*.

Em um primeiro momento, a medida parece acertada e capaz de realmente equilibrar a relação, mas tanto as demais justificativas quanto o voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, apontam em direção oposta. Ainda que louvável, o Tema 971 não é capaz de realmente equilibrar as partes ou de colocar o consumidor em posição menos desigual. A tese firmada parece incompleta.

O conceito em si de equilíbrio contratual, decorrente do princípio da isonomia,⁶⁰⁴ está previsto na Constituição Federal, artigo 3º, inciso III, e no *caput* do artigo 5º, bem como no Código Civil, no artigo 421-A (igualdade material no âmbito dos contratos civis e empresariais) e no Código de Defesa do Consumidor, artigo 7º, aduz terem as partes contratantes condições iguais para estipular as cláusulas do instrumento. Em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão classifica a cláusula penal direcionada exclusivamente ao consumidor como prática abusiva, autorizando sua inversão em desfavor da construtora, por analogia.

O contrato pode ser resolvido nas situações de lesão, fato imprevisível gerador de patente desequilíbrio na prestação assumida e nos casos de onerosidade excessiva – 157, 317 e 478, do Código Civil. A cláusula penal, por sua vez, desempenha a dupla função de prevenir o inadimplemento e punir a parte inadimplente caracterizando ressarcimento em valor previamente estabelecido, sem a necessidade de prova do prejuízo, não sendo, portanto, mera indenização por perdas e danos decorrentes do inadimplemento da construtora.⁶⁰⁵ Nesse sentido, em que pese a vedação legal de se pleitear indenização suplementar se assim não for convencionado – artigo 416, do Código Civil – o consumidor poderia comprovar outros danos daí decorrentes e requerer danos emergentes ou lucros cessantes –⁶⁰⁶ artigo 475,⁶⁰⁷ do Código Civil.

A natureza da cláusula penal no contrato de adesão de promessa de compra e venda de imóvel desempenha a função de elidir o inadimplemento do promissário comprador para não pôr em risco o empreendimento e, por consequência, prejudicar os demais promissários compradores adimplentes. É, portanto, de caráter moratório por ser destinada a assegurar o cumprimento de outra cláusula contratual – artigo 411, do Código Civil. A inversão da cláusula

⁶⁰⁴ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil Parte Geral. Institutos Fundamentais*. 3ª ed. rev. amp. e atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.

⁶⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

⁶⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁰⁷ 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.

desempenha a função compensatória pelo total inadimplemento contratual – artigo 410, do Código Civil.⁶⁰⁸ Isso demonstra a completa distinção de sua finalidade como estipulada no contrato e sua simples inversão.

De acordo com o voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, não apenas tal medida é incapaz de proporcionar a equidade contratual como também cria uma obrigação não pactuada pelas partes. Se a cláusula é estipulada unicamente em desfavor do consumidor, basta declará-la abusiva. Com efeito, a mera inversão pode não suprir os prejuízos experimentados pelo promissário comprador, impedindo-o de pleitear indenização suplementar, como lucros cessantes, por exemplo. A medida, com a intenção de resolver litígios sob essa temática, pode ter o efeito contrário, porque o valor *adequado e razoável para indenização pelo período da mora* será apurado de acordo com o caso concreto e, assim, sem critérios objetivos, os quais seriam melhores para imprimir celeridade nos julgamentos.

A mera inversão da cláusula sem a adoção de critérios objetivos, portanto, não foi a melhor escolha do Poder Judiciário naquele momento. Muito embora os argumentos do Ministro Luis Felipe Salomão tenham sido embasados em larga pesquisa, o voto divergente contém a ideia esperada pelos consumidores sobre a inversão da cláusula penal, qual seja a condenação da construtora inadimplente à devolução dos valores pagos, aplicação de multa pelo descumprimento contratual e a possibilidade de indenização adicional se da situação decorrerem outros prejuízos. O direito, por seu turno, não é imutável, acompanha o ritmo socioeconômico do país em que está inserido, servindo a fixação da tese, talvez, como solução *temporária*, até uma melhor vir a ser considerada e aplicada.

Como se verá no próximo item – 3.3. Análise de jurisprudência –, juntamente com os pedidos motivadores dos recursos repetitivos representativos de controvérsia, o consumidor pleiteou o dano moral pelo atraso na entrega. Certo é que cada caso é um caso específico, mas a expectativa frustrada em construir um lar não pode ser considerada mero inadimplemento contratual. Se o voto divergente prosperasse, três consequências poderiam ocorrer: i) os custos do negócio imobiliário aumentariam, repassando-se ao consumidor o risco pelas eventuais condenações por atraso na entrega da obra; ii) a oferta imobiliária reduziria, prejudicando igualmente o consumidor em razão da lei da oferta e da procura – quanto menos unidades disponíveis para venda, maior será seu preço; iii) todas ações motivadas pelo atraso em

⁶⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. Coordenador: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

referência conteriam pedidos por danos morais, aumentando o trabalho para o magistrado e inchando a máquina pública, pelo que seria necessário analisar pormenorizadamente cada demanda ajuizada, em outras palavras, atribuiria ao Poder Judiciário a função de revisor contratual.

3.3. Análise de Jurisprudência

A construção da tese firmada no Tema 971, como visto anteriormente, decorreu de inúmeros casos nos quais se pleiteou a inversão da cláusula penal a favor do consumidor. Para complementar a discussão, pesquisou-se a jurisprudência no sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, bem como do Superior Tribunal de Justiça – STJ, com o termo *inversão de cláusula contratual* – www.tjdft.jus.br e www.stj.jus.br, respectivamente. Do resultado, foi possível analisar 1.117 acórdãos, divididos entre 888⁶⁰⁹ do TJDF e 229⁶¹⁰ do STJ. A pesquisa no sítio do TJDF foi limitada para o período temporal compreendido entre 01.04.2015 e 29.04.2020. Por sua vez, no STJ, optou-se por não limitar o período temporal, pois apenas foram encontrados 229 resultados indexados pelo sistema, entre 22.11.1993 e 30.03.2020.

O intuito foi delinear a modificação do entendimento, bem como demonstrar as outras possibilidades de resolução do conflito. No caso, tanto a causa de pedir das ações quanto os dispositivos dos acórdãos são semelhantes, motivo pelo qual a exposição é consolidada pelas repetições argumentativas, na busca de soluções capazes de restabelecer o equilíbrio nas obrigações e a manutenção do contrato – se possível –, interpretando o contrato sob a égide da função social e da boa-fé, alinhadas às normas, princípios democráticos e éticos, com o fim de evitar a extinção injusta da relação estabelecida.

⁶⁰⁹ Link da pesquisa no sítio www.tjdft.jus.br: [⁶¹⁰ Link da pesquisa no sítio \[www.stj.jus.br\]\(http://www.stj.jus.br\): \[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre= inversao+de+clausula+contratual\]\(https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre= inversao+de+clausula+contratual\)](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=inversao%20de%20clausula%20contratual&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=29/04/2020&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=01/04/2015&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=888.</p>
</div>
<div data-bbox=)

3.3.1. Superior Tribunal de Justiça – STJ

Os 229 resultados encontrados no sítio de pesquisa de jurisprudência do STJ são compostos por três decisões em sede de Acórdão de Representativos de Controvérsia (Repetitivos) e 226 em Acórdãos, de modo geral. Nem todos os julgados versam sobre a promessa de compra e venda de imóvel e suas implicações anteriormente citadas, tratando, principalmente, do reequilíbrio contratual em relações consumeristas, partindo-se de princípios e da legislação – Código de Defesa do Consumidor e Código Civil. Nesse escopo, destacam-se os entendimentos presentes em 27⁶¹¹ julgados:

Contratos bilaterais, onerosos e comutativos que contenham cláusula favorável apenas a uma das partes, proporcionam desequilíbrio contratual,⁶¹² motivo pelo qual a cláusula penal deve ser aplicada a ambos os contratantes.⁶¹³ O entendimento está inserido na principiologia do Código de Defesa do Consumidor, bem como na equidade das partes.⁶¹⁴ Se existe

⁶¹¹ AgInt no REsp 1735131; AgInt no AREsp 970022; AgInt no REsp 1783450; REsp 1631485; REsp 1614721; AgInt no AREsp 1183767; AgInt no AREsp 1060635; AgInt nos EDcl no AREsp 1010004; AgInt no AREsp 1006318; AgInt no REsp 1656221; AgInt no AREsp 1016123; REsp 1665550; REsp 1611276; AgInt no AREsp 964422; AgInt no AREsp 929972; REsp 1536354; REsp 955134; AgInt no REsp 1341656; AgInt no AREsp 996633; REsp 1691008; REsp 1412993; AgInt no AREsp 1162272; AgInt no AREsp 1124791; AgRg no AREsp 574849; AgInt no AREsp 982527; REsp 1262132; AgRg no REsp 1340563.

⁶¹² [...]

2. No caso, o Tribunal de origem, examinando a prova dos autos, reconheceu a existência de cláusula favorável, unicamente, a uma das partes, ocasionando o desequilíbrio contratual, premissa fática que não pode ser alterada em recurso especial.

[...]

(AgInt no AREsp 1060635/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 16/11/2017)

⁶¹³ [...]

1. Os recursos especiais têm origem em ação de indenização por perdas e danos decorrentes de atraso na conclusão de obra objeto de contrato de compromisso de compra e venda para fins de aquisição de unidades imobiliárias em empreendimento comercial.

[...]

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.

[...]

(REsp 1536354/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 20/06/2016)

⁶¹⁴ [...]

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 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. [...]

(REsp 955.134/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012)

reprimenda em desfavor do consumidor, em caso de atraso no pagamento ou inadimplemento, o fornecedor deve, por analogia, ser apenado ao descumprir sua parte da avença.⁶¹⁵

O artigo 4º, III,⁶¹⁶ da Constituição Federal, dita que a Política Nacional das Relações de Consumo deve resguardar, dentre outros, os interesses econômicos dos consumidores, além de protegê-lo, em atendimento ao disposto no Artigo 170,⁶¹⁷ da Constituição Federal. Para manter o equilíbrio contratual o Poder Judiciário deve analisar o caso concreto e, assim, proteger a coletividade, vez que as normas citadas estabelecem as diretrizes para o mercado brasileiro, bastantes normas cogentes.⁶¹⁸

Não somente as decisões versam sobre a inversão de regra estabelecida em desfavor apenas do consumidor; tratam, igualmente, dos outros princípios contidos nos dispositivos

⁶¹⁵ [...]

3. O entendimento do STJ é no sentido de que é possível a inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor, em caso de inadimplemento do promitente vendedor, consubstanciado no atraso da entrega do imóvel no prazo estipulado pelas partes.

[...]

(AgInt nos EDcl no AREsp 1010004/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 05/10/2017)

⁶¹⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

⁶¹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

⁶¹⁸ [...]

2. Dado que ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de substituir o legislador, a "inversão" da cláusula penal deve partir do atendimento a dois pressupostos lógicos: a) que a cláusula penal tenha sido, efetivamente, celebrada no pacto; b) haja quebra do equilíbrio contratual, em afronta ao princípio consagrado no art. 4º, III, do CDC.

[...]

9. O estímulo ao cumprimento dos prazos para a entrega de mercadorias e devolução do pagamento em caso de desistência de compra é efetuado pela dinâmica do próprio mercado, que pune aqueles que prestam serviço deficiente, dispondo os consumidores de variados canais para tornarem públicas suas reclamações e elogios, além de contar com o Poder Judiciário naqueles casos concretos em que a mora do fornecedor ultrapasse os limites da razoabilidade.

[...]

(REsp 1412993/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 07/06/2018)

citados, tais como o dever de informação⁶¹⁹ e da clareza do texto contratual, para ser de fácil compreensão.⁶²⁰ Havendo ambiguidade nos contratos de adesão, as cláusulas serão interpretadas de maneira favorável ao consumidor⁶²¹ (consoante artigo 423,⁶²² do Código Civil;

⁶¹⁹ [...]

2. Alterar as conclusões da Corte de origem quanto à abusividade da cobrança da comissão de corretagem pelo malferimento do dever de informação do fornecedor, é providência que demandaria reexame do acervo fático-probatório e de interpretação de cláusulas contratuais, procedimentos vedados pelos óbices das Súmulas nº 5 e nº 7/STJ.

[...]

(AgInt no AREsp 1162272/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

⁶²⁰ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE REEMBOLSO. ABUSIVIDADE. RECONHECIMENTO NA ORIGEM. CONSUMIDOR. REDAÇÃO DE DIFÍCIL COMPREENSÃO. INVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. CLÁUSULAS CONTRATUAIS E ACERVO PROBATÓRIO. INTERPRETAÇÃO. REEXAME. VEDAÇÃO.

[...]

(AgInt no AREsp 982.527/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 02/02/2017); e

[...]

1. A Segunda Seção, no julgamento do EREsp nº 670.117/PB, concluiu que “não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos” (EResp 670.117/PB, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 26/11/2012).

[...]

(AgRg no REsp 1340563/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013)

⁶²¹ [...]

6. Eventual ambiguidade de conceitos - que, no caso, atinge o próprio objeto do contrato, deve ser solucionada em benefício do aderente (Código Civil, art. 423). Por outro lado, em se tratando de relação de consumo, os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC estabelecem ser direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato. Garante-se-lhe não somente uma clareza física das cláusulas limitativas - o que é atingido pelo simples destaque -, mas, sobretudo, uma clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido, haja vista que a hipossuficiência informacional do consumidor é característica, de regra, pressuposta.

7. Se o serviço de "monitoramento" oferecido pela recorrida limitar-se à manutenção do sistema - notadamente se inexistir a devida informação acerca do que consiste exatamente tal serviço ou da existência de outros mais abrangentes -, em boa verdade, tal situação tangencia a prática de publicidade enganosa, porque, a toda evidência, é informação "capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades" do serviço (CDC, art. 37, § 1º).

8. No caso em exame, era absolutamente razoável que o consumidor esperasse que a contratação de serviço de monitoramento lhe desse alguma forma de rastreamento do veículo caso fosse roubado ou furtado. Porém, como ficou fartamente demonstrado nos autos - na verdade, a própria empresa recorrida assim reconhece -, somente o serviço de bloqueio foi oferecido pela contratante, não tendo sido acionado o monitoramento do veículo roubado - pelo menos não com o significado contido nas legítimas expectativas nutridas pelo consumidor. Responsabilidade civil do fornecedor reconhecida, pois configurado o ato ilícito, consistente na prestação de serviço defeituoso, e os danos experimentados pelo consumidor (art. 14 do CDC).

[...]

(REsp 1262132/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/02/2015)

⁶²² Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

6º, III⁶²³ e 54, §4º,⁶²⁴ do Código de Defesa do consumidor). Inclusive, merece destaque que, de ofício, o magistrado pode reconhecer nulidade de cláusula contratual,⁶²⁵ partindo-se do princípio *iura novit curia* – o tribunal conhece a lei –, corroborando com a manutenção do equilíbrio contratual previamente citada.

3.3.2. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT

A partir dos resultados encontrados no sítio do TJDFT, foi possível analisar 888 acórdãos, cuja limitação temporal para pesquisa se deu no período compreendido entre 01.04.2015 e 29.04.2020. A listagem e os resultados retornados da pesquisa estão em ordem cronológica decrescente, ou seja, os mais recentes primeiro, sendo inverso ao lapso temporal

⁶²³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

⁶²⁴ Art. 54. 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.

[...]

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

⁶²⁵ [...]

2. A declaração de ofício de nulidade de cláusula contratual considerada abusiva pelo tribunal de origem encontra amparo no princípio *iura novit curia*, segundo o qual cabe ao juiz apreciar livremente o pedido, não estando vinculado aos argumentos apresentados pelas partes.

[...]

(AgRg no AREsp 574.849/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 29/08/2017)

utilizado como critério. Do total, 247⁶²⁶ Acórdãos versam sobre inversão de cláusulas estipuladas em desfavor apenas do consumidor. Sua inversão, em linhas gerais, se dá pelos princípios do equilíbrio contratual e da isonomia das partes, o que será detalhado a seguir.

Dentro do mesmo escopo de contrato por adesão de compra e venda de imóvel exposto no item anterior que trata da jurisprudência do STJ, o TJDFT traz clareza à discussão sobre a possibilidade da inversão de cláusulas estipuladas em desfavor ou que gerem desvantagem à apenas uma das partes – no caso, o consumidor. Partindo-se do que foi abordado no item 1.3. Princípios Contratuais, adentra-se no mérito dos julgados, verificando-se quais elementos levaram os Desembargadores a julgar o pedido de inversão da penalidade procedente.

⁶²⁶ Acórdãos listados conforme a ocorrência na pesquisa – Número na listagem/Número do Acórdão: 4 1236136; 5 1234431; 7 1234084; 8 1233533; 9 1233026; 11 1235440; 14 1234708; 15 1232725; 17 1234426; 19 1234173; 20 1233905; 21 1232358; 23 1231949; 25 1232319; 26 1230757; 27 1231891; 28 1231764; 29 1231760; 32 1228679; 34 1230844; 36 1229562; 37 1229365; 42 1229146; 43 1228757; 44 1228728; 46 1228041; 48 1227495; 49 1224406; 50 1228523; 51 1227692; 52 1227933; 54 1227227; 55 1227222; 56 1227094; 57 1227069; 58 1226217; 59 1227763; 60 1227548; 61 1227005; 62 1226178; 63 1226176; 64 1226526; 67 1224392; 68 1226328; 69 1225577; 72 1225563; 77 1225285; 78 1224932; 79 1224923; 82 1224572; 83 1224943; 86 1223400; 90 1223991; 94 1223718; 95 1223517; 96 1223477; 100 1223351; 108 1223686; 111 1223069; 113 1222950; 114 1222920; 126 1221991; 128 1221060; 129 1221035; 132 1221748; 134 1220780; 136 1221281; 138 1220950; 139 1220888; 140 1220776; 141 1220775; 144 1220071; 146 1220030; 147 1220383; 148 1220314; 150 1219952; 152 1219168; 153 1219069; 154 1210829; 156 1218552; 161 1218148; 162 1218139; 163 1216342; 166 1217886; 170 1217766; 172 1217521; 180 1213678; 183 1215067; 184 1214481; 186 1214424; 187 1214422; 188 1214416; 190 1214405; 191 1213805; 192 1213699; 194 1213213; 195 1215639; 196 1214633; 197 1214575; 200 1211698; 204 1212352; 205 1213614; 208 1212860; 210 1211907; 213 1211670; 215 1211544; 216 1211514; 222 1211117; 223 1211107; 224 1209924; 225 1209104; 239 1208807; 241 1207114; 249 1204778; 251 1203717; 257 1199828; 260 1198699; 261 1198558; 262 1196831; 263 1196631; 264 1196604; 265 1197811; 267 1195745; 268 1195316; 299 1156520; 305 1139305; 307 1136833; 330 1111350; 348 1099903; 349 1099098; 354 1085532; 359 1090830; 369 1075684; 400 1026595; 417 997984; 431 979057; 454 956803; 460 955263; 465 954804; 470 953292; 482 950222; 484 950226; 488 949023; 491 949229; 496 947384; 498 947734; 499 947732; 500 947730; 501 947727; 504 947255; 505 947223; 515 945631; 516 945524; 518 944430; 519 944429; 521 944991; 528 944007; 534 943811; 535 943311; 537 943299; 538 943298; 539 943297; 544 942010; 555 940949; 559 940468; 562 939774; 565 940010; 566 939974; 567 939960; 570 939711; 571 939415; 573 938605; 575 938127; 583 937046; 584 937044; 589 936692; 590 936669; 594 942511; 601 936322; 613 933415; 629 930872; 635 930614; 636 930613; 654 927267; 659 925637; 664 923632; 666 925420; 676 922509; 684 921551; 689 919748; 691 919851; 695 917242; 696 917210; 697 918684; 698 918440; 706 915726; 708 913627; 710 914990; 711 913880; 735 911008; 736 910998; 737 910997; 738 910773; 740 911054; 741 911011; 742 911010; 746 910114; 747 910087; 750 908805; 757 908775; 761 906737; 762 906734; 765 903501; 772 901300; 773 900485; 779 898122; 782 898237; 786 895688; 794 892668; 800 891510; 810 884865; 818 882882; 819 882880; 820 882879; 821 882876; 822 884141; 826 882840; 827 882809; 829 880681; 830 880070; 836 878106; 837 877167; 838 877085; 840 876427; 841 875439; 842 875434; 843 875606; 844 875605; 846 874222; 853 871424; 858 868334; 860 868159; 861 868139; 869 865350; 876 862265; 878 861219; 879 861218.

De plano, a *equalização da relação negocial*,⁶²⁷ ou simplesmente o equilíbrio contratual entre as partes, é invocada para estabelecer o norte da interpretação do contrato, afastando-se, assim, excessos que favoreça a apenas uma das partes. Nos contratos de compra e venda de imóvel, entenda-se *uma das partes* como a vendedora, construtora, incorporadora etc., sendo o consumidor obrigado a suportar situações abusivas,⁶²⁸ iníquas ou de desvantagem exagerada.⁶²⁹

⁶²⁷ [...]

3. Encerrando o contrato entabulado entre promissário adquirente de imóvel para fruição própria e a construtora e incorporadora que encartara a qualidade de promitente vendedora relação de consumo, as disposições que modulam a relação negocial devem ser interpretadas e moduladas de conformidade com a natureza que ostentam, viabilizando a infirmação ou modulação de dispositivos excessivos que afetam o objeto e equilíbrio contratual ou ensejem obrigações abusivas ou iníquas (CDC, arts. 4º e 51).

4. Contemplando o contrato de promessa de compra e venda cláusula penal endereçada exclusivamente ao consumidor para a hipótese de incorrer em inadimplemento culposo, a disposição penal, encerrando obrigação abusiva e iníqua por sujeitá-lo a desvantagem exagerada por não resguardar a contrapartida lógica, deve ser interpretada, em conformidade com os princípios informativos do contrato da igualdade, da boa-fé contratual, da equidade, da bilateralidade, da comutatividade e da obrigatoriedade, de forma ponderada com seu objetivo, ensejando que seja aplicada, de forma reversa, à fornecedora que incorrer em inadimplemento. (CDC, art. 51, IV e §1º).

5. A Corte Superior de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.614.721/DF e REsp n. 1.631.485/DF, realizado sob o rito dos recursos repetitivos, firmara tese no sentido de que, no contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento da alienante, legitimando, pois, a inversão da disposição penal como forma de equalização da relação negocial, obstando que apenas uma parte seja penalizada.

[...]

(Acórdão 1234431, 00486202020138070001, Relator: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 19/2/2020, publicado no DJE: 19/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶²⁸ Código de Defesa do Consumidor: Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[...]

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

⁶²⁹ Código de Defesa do Consumidor: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

A inadimplência da vendedora, ao não entregar o imóvel no prazo acordado, fica sem equivalência em relação à eventual mora do comprador – seja por não pagar uma prestação ou por adimpli-la em atraso. E mais, a ausência de contrapartida fere os princípios da igualdade, a boa-fé contratual, equidade, bilateralidade, comutatividade e a obrigatoriedade, daí porque o papel do Poder Judiciário ser tão importante nesse reequilíbrio: manutenção da segurança jurídica e da ordem pública. Ora, estipular cláusulas que prevejam vantagem apenas uma das partes, ainda mais em contrato de adesão, vai de encontro ao princípio constitucional da proteção da ordem econômica. O desnivelamento entre as partes não somente fica mais evidente como também se torna abissal.

Os argumentos de defesa para o atraso na entrega da obra, na quase totalidade dos processos acerca da rescisão do contrato de compra e venda, reduzem-se, de forma padronizada, a *escassez de insumos no mercado, clima, demora na aprovação pelos entes públicos*.⁶³⁰ Não somente tais situações constituem riscos naturais à atividade econômica desenvolvida como não têm o condão de afastar a responsabilidade pela mora.

O entendimento jurisprudencial, portanto, é no sentido de inverter a multa prevista em caso de atraso ou inadimplemento do consumidor em seu favor, haja vista a mora ou inadimplemento absoluto da vendedora.⁶³¹ Essa inversão, segundo os julgados, tem previsão legal no Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, incisos IV e V,⁶³² exatamente para proteger o consumidor de práticas abusivas, por meio da modificação ou revisão de cláusulas

⁶³⁰ [...]

3. A ocorrência de fatos previsíveis como: escassez de insumos no mercado, clima, demora na aprovação pelos entes públicos, ainda que previstos em contrato, não são hábeis a afastar a mora da construtora. Essas ocorrências constituem riscos inerentes à atividade econômica desenvolvida pela ré, sendo abusiva a cláusula que excluiu a responsabilidade da promitente vendedora, sob esse pretexto.

4. Configurado o atraso injustificado na entrega do imóvel, considerado, inclusive, o prazo de prorrogação fixado, e tendo sido o consumidor privado de dele usufruir economicamente durante o período de mora da construtora, assiste-lhe o direito de ser compensado pela vantagem econômica que deixou de auferir.

[...]

(Acórdão 1231891, 00211761720158070009, Relator: ANA MARIA AMARANTE, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 12/2/2020, publicado no DJE: 5/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶³¹ Acórdãos com esse entendimento: 5 1234431; 27 1231891; 108 1223686; 192 1213699; 200 1211698; 205 1213614; 265 1197811; 307 1136833; 488 949023; 491 949229; 496 947384; 499 947732; 515 945631; 516 945524; 518 944430; 573 938605; 589 936692; 740 911054; 757 908775.

⁶³² Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou as tornem excessivamente onerosas.

Com base nos princípios contratuais vistos no Capítulo 1, estender a multa de um contratante ao outro é da natureza do instrumento, decorrente da equivalência das prestações devidas por cada parte,⁶³³ não violando o princípio do *pacta sunt servanda* – os pactos devem ser observados.⁶³⁴ Entretanto, saliente-se que nem sempre o TJDFT exarou acórdãos com esse entendimento, essa é uma construção bastante contemporânea. Ainda no ano de 2018, alguns Desembargadores limitavam a atuação do Estado nas relações privadas, onde se optava pela não interferência no contrato, ainda que em flagrante desequilíbrio em desfavor do consumidor.

A inversão da multa moratória à empresa, no caso a estipulante do contrato por adesão, prevista somente nos casos de inadimplemento por parte do consumidor, era considerada como uma inovação no instrumento, complementando a limitação da intervenção nas relações particulares pelo judiciário, posto que inexistentes e/ou *não discutidas ou negociadas pelas*

⁶³³ [...]

3. Verificado que a franqueadora deu causa à rescisão do contrato, ferindo o princípio da boa-fé objetiva e ante o descumprimento de suas obrigações contratuais no sentido de subsidiar a atividade da franqueada, vez que observo que suas omissões e morosidade refletiram no bom andamento do negócio, dando causa ao insucesso da empresa que sempre operou em níveis abaixo do satisfatório esperado, cabível a inversão cláusula penal, de modo a preservar a harmonia nas tratativas entre as partes, com o fito de possibilitar a manutenção do equilíbrio e equivalência das prestações de cada contratante.

[...]

(Acórdão 1136833, 20180710044119APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 7/11/2018, publicado no DJE: 20/11/2018. Pág.: 583/590)

⁶³⁴ [...]

7. É perfeitamente possível a inversão da multa moratória para retificar o desequilíbrio contratual que gera onerosidade excessiva ao consumidor, sem ocasionar violação ao princípio do *pacta sunt servanda*.

[...]

(Acórdão 949229, 20140710413205APC, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 1/6/2016, publicado no DJE: 23/6/2016. Pág.: 207/219)

partes, além de interferir na competência do Poder Legislativo, que não tratou especificamente desse assunto nas leis relacionadas.⁶³⁵

À parte da discussão acerca da aplicação por analogia de sanção prevista em contrato, cláusulas que resultem em onerosidade excessiva ou extrema desvantagem ao consumidor, podem ser revistas pelo judiciário. Especificamente as cláusulas abusivas, dentro dessa esfera, são consideradas não escritas, por ferir as normas cogentes e a própria Constituição Federal.

O artigo 51,⁶³⁶ do Código de Defesa do Consumidor, inserido na Seção II – Das Cláusulas Abusivas –, prevê em quais situações cláusulas contratuais serão consideradas nulas. Ainda em relação aos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, o TJDFT exemplifica tanto a extrema desvantagem quanto a onerosidade excessiva. O inciso IV,⁶³⁷ do artigo em referência, é suscitado ao tratar das *obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou*

⁶³⁵ [...]

7. Eventual entendimento pela inversão da multa moratória à empresa significaria a criação de uma nova cláusula, principalmente no que se refere à base de cálculo, não sendo atribuição do Judiciário intervir nas relações entre particulares.

[...]

(Acórdão 1139305, 20150110524950APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, 2ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 21/11/2018, publicado no DJE: 26/11/2018. Pág.: 208/231);

[...]

2. O Poder Judiciário não pode criar disposição contratual não ajustada, dando origem a um encargo não previsto no contrato ou na lei, sendo indevida a utilização do processo como fonte de obrigação. 2.1. Precedente: "[...] A inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor levaria o judiciário a intervir na relação criando cláusulas contratuais novas, não discutidas ou negociadas pelas partes, o que não é o seu papel. Precedentes.3. Apelo conhecido e parcialmente provido [...]". (20130710172204APC, Relator: J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, DJE: 26/03/2015).

[...]

(Acórdão 1111350, 07218198420178070001, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 18/7/2018, publicado no DJE: 6/8/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.) e;

[...]

8. Compulsando os autos, verifica-se que o contrato firmado entre as partes somente prevê a aplicação da multa moratória em desfavor do consumidor, não havendo no pacto ajustado disposição que ancore a aplicação de tal multa em detrimento da parte fornecedora, mesmo que esta tenha dado causa à dissolução pelo descumprimento da avença.

8.1. Muito embora o caso à baila seja regido especialmente pelo estatuto tutelador das relações consumeristas, em respeito ao princípio da força obrigatória do pactuado (*pacta sunt servanda*) não compete ao Poder Judiciário arvorar-se na seara de atuação do legislador, muito menos inovar as disposições contratuais encetadas pelos contratantes, sob o risco de imiscuir-se em questões que alheias ao seu âmbito de competência, além de adentrar na esfera da autonomia privada conferida às próprias partes.

[...]

(Acórdão 1099903, 20140710295734APC, Relator: ALFEU MACHADO, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 16/5/2018, publicado no DJE: 1/6/2018. Pág.: 140-143)

⁶³⁶ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

⁶³⁷ [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

a equidade. No caso concreto, o contrato previa a prorrogação por até 26 meses após a assinatura do contrato com o agente financeiro, e foi considerada cláusula abusiva por sujeitar o consumidor à situação de extrema desvantagem.⁶³⁸ Também é considerada abusiva a cláusula contratual que previa a contagem em dias úteis como prazo de tolerância para entrega do imóvel, tanto por colocar em *desvantagem exagerada* como por onerar excessivamente o consumidor, conforme artigo 51, IV e §1º, III,⁶³⁹ do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁴⁰

Cláusulas vagas ou iníquas, no mesmo sentido do exposto anteriormente, ferem os princípios da transparência, da lealdade e da boa-fé objetiva que permeiam as relações de consumo, uma vez que não há a devida explicitação dos outros serviços e acessórios que

⁶³⁸ [...]

3. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios considera a cláusula que permite a prorrogação do prazo em até 26 (vinte e seis) meses, após a assinatura do contrato com o agente financeiro, manifestamente abusiva. O motivo reside na constatação de que o consumidor é sujeitado a situação de extrema desvantagem (art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor).

[...]

(Acórdão 1231764, 00275603620148070007, Relator: HECTOR VALVERDE, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 12/2/2020, publicado no DJE: 4/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶³⁹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

[...]

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

⁶⁴⁰ [...]

3. É abusiva a cláusula que prevê prazo de tolerância para entrega de imóvel em dias úteis e não corridos, na medida em que coloca o consumidor em situação de desvantagem exagerada. 3.1. Precedente Turmário: "2. Em contratos de promessa de compra e venda, são admissíveis as cláusulas que preveem a prorrogação na entrega do imóvel. Contudo, considera-se abusiva a contagem em dias úteis do prazo de tolerância para a aquisição em definitivo do bem, à luz do art. 51, IV e § 1º, III, do CDC. Isso porque a referida disposição contratual acaba por retardar, sobremaneira, a espera das consumidoras, colocando-as em situação de desvantagem exagerada frente à fornecedora. Diante disso, impõe-se a contagem do período de prorrogação em dias corridos." (07000554820188070020, relª. Desª. Sandra Reves, DJe 29/07/19).

[...]

4.3. Além disso, os riscos da atividade lucrativa desenvolvida pelas empresas de construção civil não podem ser assumidos pelos consumidores

[...]

(Acórdão 1220776, 00219783920158070001, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 4/12/2019, publicado no DJE: 16/12/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

*ficarão a cargo do consumidor, o que torna a cláusula ilegal.*⁶⁴¹ Como exemplo, cláusula contratual no instrumento de compra e venda de imóvel que estipule a transferência ao consumidor da obrigação de pagar o IPTU antes do recebimento do imóvel, é considerada ilegal,⁶⁴² isso porque o fato gerador desse tributo se dá pela efetiva propriedade do bem, ocorrendo apenas com a entrega das chaves.

Com relação à taxa de corretagem, houve amplo debate no âmbito dos Recursos Repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça, culminando a discussão com a publicação do tema 938,⁶⁴³ o que se insere no dever de informação ao consumidor, regra estabelecida no artigo 31,⁶⁴⁴ do Código de Defesa do Consumidor. Transferir ao consumidor o encargo dessa taxa, é considerada legal, desde que previamente informado de forma clara e expressa no contrato celebrado.

Por fim, nos resultados analisados, em sua maioria, havia o pedido pela condenação da construtora em danos morais pela mora em entregar, não entregar ou devolver parcialmente o

⁶⁴¹ [...]

13. A presença de cláusula contratual que transfere ao consumidor obrigações consideradas iníquas e vagas fere os princípios da transparência, da lealdade e da boa-fé objetiva que permeiam as relações de consumo, uma vez que não há a devida explicitação dos outros serviços e acessórios que ficarão a cargo do consumidor, o que torna a cláusula ilegal.

[...]

(Acórdão 1231949, 00281450320148070003, Relator: HECTOR VALVERDE, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 12/2/2020, publicado no DJE: 10/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶⁴² [...]

5. A responsabilidade da compradora de imóvel relativa ao pagamento do IPTU somente se verifica após a imissão na posse do imóvel, com a efetiva entrega das chaves, revelando-se irrelevante a existência de cláusula contratual que dispõe de forma diversa.

[...]

(Acórdão 1226526, 00475298720168070000, Relator: ANA CANTARINO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 22/1/2020, publicado no DJE: 7/2/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶⁴³ Tema 938: [...] (i) Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (artigo 206, § 3º, IV, CC). (vide REsp n. 1.551.956/SP). Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1599511. Acesso em agosto de 2020.

(ii) Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; (vide REsp n. 1.599.511/SP)

(ii, parte final) Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. (vide REsp n. 1.599.511/SP)

Disponível

em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1599511. Acesso em junho de 2020.

⁶⁴⁴ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

valor pago. Os argumentos podem ser resumidos assim: a família não pode se mudar para sua nova residência; a expectativa em receber o imóvel foi frustrada; havia planos para constituir nova família naquela localidade. Muito embora esse pedido fosse constantemente julgado improcedente, vez que o inadimplemento contratual não gera danos morais, considerando tratar-se de mero dissabor da vida do cotidiano, apenas um Acórdão analisado registrou entendimento diverso.

No caso concreto, não somente foi aplicada de forma inversa a cláusula penal moratória, posto que julgado após a edição do Tema 971, do Superior Tribunal de Justiça, como também registrou-se que *a comprovação de atraso de mais de 2 anos na entrega do imóvel supera o mero inadimplemento contratual e enseja a reparação por danos morais*,⁶⁴⁵ condenando, assim, a empresa ré ao pagamento dos danos morais e dos lucros cessantes pleiteados.

3.3.3. Considerações Finais aos Resultados

A Constituição Federal estipulou o direito fundamento da razoável duração do processo e da adoção de meios aptos a garantir a celeridade de sua tramitação – artigo 5º, LXXVIII –⁶⁴⁶ regra igualmente adotada pelo Código de Processo Civil – artigo 4º.⁶⁴⁷ Ambos são decorrentes do princípio do direito de ação, previsto no artigo 5º, XXXV,⁶⁴⁸ da Constituição Federal,

⁶⁴⁵ [...]

De acordo com a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.498.484 - DF (tema 970), sendo a cláusula penal estabelecida em desfavor do comprador o parâmetro na fixação da indenização, quando estabelecida em patamar que remunere de maneira razoável o período no qual o consumidor ficou privado da utilização do bem. No caso dos autos, existe a previsão de multa compensatória e multa indenizatória, motivo pelo qual as multas previstas podem ser cumuladas, mas inviável a cumulação da multa indenizatória com os lucros cessantes. Fixada a tese pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Nº 1.614.721-DF (tema 971) que admite a inversão da cláusula penal moratória e indenizatória prevista apenas em desfavor do consumidor. A comprovação de atraso de mais de 2 anos na entrega do imóvel supera o mero inadimplemento contratual e enseja a reparação por danos morais.

(Acórdão 1214633, 00007974520168070001, Relator: ESDRAS NEVES, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 13/11/2019, publicado no DJE: 20/11/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶⁴⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁶⁴⁷ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁶⁴⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

garantidor do direito de obter tutela jurisdicional adequada. O princípio em tela possui dupla função em relação ao tempo de duração do processo, desde o ajuizamento da ação até o trânsito em julgado, além da adoção de formas alternativas à resolução de conflitos, na tentativa de diminuir o volume de trabalho da justiça. Para aferir a duração razoável do processo, devem-se adotar critérios objetivos, tais como a natureza da ação e sua complexidade, o comportamento das partes e seus advogados, a atividade e o comportamento dos magistrados e a fixação legal de prazos para os atos processuais, assegurando-se, sempre, o direito ao contraditório e à ampla defesa.⁶⁴⁹

A cooperação entre os sujeitos na relação processual – partes e juiz – é determinante para atender o princípio acima exposto, reforçado pela letra do artigo 6º,⁶⁵⁰ do Código de Processo Civil. Portanto, o dever de cooperação, partindo-se do estudo inicial da boa-fé contratual, mesmo estando previsto no Código Civil, irradia seus efeitos para todos os tipos de relação – no caso, contratual ou processual. Igualmente, deve ser observado o princípio em relação às formas alternativas de solução de conflitos, como nos acordos.

O Código de Processo Civil estimula essa modalidade de resolução alternativa. No artigo 3º, parágrafos 2º e 3º,⁶⁵¹ a conciliação, mediação ou outros métodos de solução consensual são direcionados ao Estado, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. O acordo pode ser realizado logo após o ajuizamento da ação, na ocasião da audiência de conciliação ou mediação, conforme o artigo 334,⁶⁵² do Código de Processo Civil, ou a qualquer tempo no curso da tramitação, segundo a regra estampada no artigo 139, V,⁶⁵³ do mesmo Código. Isso significa que as partes podem entabular acordo durante a tramitação, após a Sentença, antes do julgamento da Apelação, na fase de Cumprimento de Sentença etc. Enfim, a qualquer tempo realmente significa: sendo vontade das partes, em

⁶⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁵⁰ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁶⁵¹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁶⁵² Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

⁶⁵³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

qualquer fase processual, o acordo pode ser firmado e encaminhado ao juiz por petição para homologação.

Embora toda essa discussão tenha culminado com a edição do Tema 971, cuja decisão tem caráter vinculante, ainda existem muitos processos sobrestados no judiciário,⁶⁵⁴ demonstrando o alto índice de ações semelhantes. A quantidade de pessoal a serviço do Poder Judiciário não é suficiente para dar vazão à quantidade de litígios em tramitação.⁶⁵⁵ Por esse motivo, o estímulo à resolução alternativa dos conflitos se revela tão importante. Os acordos, alerta-se, podem ser entabulados com o uso de informações simétricas ou assimétricas. Naqueles baseados em informações simétricas, as partes têm informações suficientes sobre as questões processuais, como custos, valor da indenização e investimento para litigar. A assimetria de informação entre as partes resulta em julgamentos caros e negociações demoradas, isso porque sem saber totalmente das questões envolvidas ou sem coletar todas as informações necessárias para êxito judicial, o acordo pode ser fechado muito abaixo das expectativas e do valor justo.⁶⁵⁶

Da análise dos 1.117 Acórdãos, distribuídos entre 229 do Superior Tribunal de Justiça e 888 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, verificou-se a adoção dos princípios da boa-fé, da função social dos contratos e da isonomia entre as partes, bem como o movimento de mudança de entendimento no Poder Judiciário. Esse último está mais claro nas decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, onde não se admitia o pedido para aplicar de forma inversa a cláusula penal, sob pena de interferir no direito privado, criando obrigação sem prévia discussão.

Existe certa congruência, de toda forma, no entendimento entre a Corte Superior e o Tribunal, especialmente nas questões periféricas, tais como a transferência da obrigação em

⁶⁵⁴ BRASIL. *Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em 08 de setembro de 2020.

⁶⁵⁵ A jurisdição de primeiro grau, de acordo com o Sumário Executivo, concentra 94% do acervo processual, resultando em carga de trabalho ao servidor de 602 processos, em detrimento a *apenas* 312 por servidor do segundo grau. No tocante à conciliação, “4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça, sendo 3,7 milhões de sentenças na fase processual e 700 mil na fase pré-processual”, registrando a taxa de 12% dos julgados pela justiça em 2018.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Relatório. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em fevereiro de 2020.

⁶⁵⁶ SPIER, Kathryn E. “Litigation”. In: *Handbook of Law and Economics*, Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.).

pagar o IPTU⁶⁵⁷ antes do recebimento do bem e a cobrança da taxa de corretagem. Na primeira, o fato gerador do tributo se dá com a efetiva propriedade do imóvel, a qual ocorre na entrega das chaves. Na segunda, não se questionava a legalidade do trabalho do corretor de imóveis, intermediador da negociação, apenas a legalidade em atribuir ao consumidor esse ônus. Ao final do julgamento em sede de repetitivos, o Tema 938⁶⁵⁸ considerou legal a cobrança se previamente informada com clareza ao consumidor, não podendo ser fator determinante à contratação, isto é, a cobrança da taxa de corretagem não pode estar vinculada à celebração da promessa de compra e venda de imóvel.

A inversão da cláusula penal, como amplamente debatido neste capítulo, decorre dos princípios da equidade, bilateralidade, isonomia das partes, função social do contrato, manutenção da segurança jurídica e da ordem pública, protegendo-se a ordem econômica. Todos esses princípios mitigam a força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda* – sem, no entanto, criar novos dispositivos legais ou inserir cláusulas novas nos contratos levados ao judiciário – conforme entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão. Reporta-se que, ao reconhecer uma desigualdade natural entre as partes do negócio celebrado,⁶⁵⁹ deve o tratamento ser feito de maneira desigual.⁶⁶⁰ Sendo o consumidor parte mais frágil nas relações contratuais pesquisadas, a aplicação inversa da cláusula reduz a desigualdade, conferindo o equilíbrio necessário para o futuro do direito privado.

Criticável o posicionamento dos Tribunais por, em regra, não julgar procedente o pedido de indenização por danos morais referente ao atraso na entrega do imóvel, o qual é considerado *mero inadimplemento contratual*.⁶⁶¹ De todos os casos analisados, apenas um entendeu pela

⁶⁵⁷ [...]

3. Abusiva a cláusula que atribui à adquirente a responsabilidade pelo pagamento das despesas de condomínio e IPTU em período anterior à entrega do imóvel. (Acórdão 1232280, 00313026920148070007, Relator: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 12/2/2020, publicado no DJE: 10/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶⁵⁸ Tema 938: [...] (ii) Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; (vide REsp n. 1.599.511/SP)

(ii, parte final) Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. (vide REsp n. 1.599.511/SP) Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1599511. Acesso em junho de 2020.

⁶⁵⁹ FILHO, Rodolfo Pamplona. *Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos*. Artigo da Internet. Disponível em: <https://www.marioluizdelgado.com/images/artigos-recomendados/esbocando-uma-teoria-geral-dos-contratos.pdf>. Acesso em março de 2020.

⁶⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁶¹ [...]

indenização, cujo atraso na entrega foi superior a dois anos.⁶⁶² Cada caso deve ser analisado individualmente para verificar a incidência de algum dano à personalidade, à intimidade, mas em processos cujo objeto é o atraso injustificado na entrega do bem, a ausência do dano é que deveria ser provada pela promissária vendedora.

Ora, o consumidor pode ter vários motivos para adquirir um imóvel. Seja para residir com sua família, fazer investimento, iniciar a vida com novo núcleo familiar, ser transferido ou mudar para outra localidade. Mesmo não se tratando de dano presumível, passível de comprovação entre o nexos de causalidade e o dano em si,⁶⁶³ pode ser flagrante a violação a direito da personalidade. Há expectativas criadas, investimento de tempo na pesquisa do imóvel, localização, ideias sobre decoração, além do anúncio a familiares e amigos desse marco representativo cultural na vida do brasileiro. A quebra contratual não seria mero inadimplemento, mas implica na desconstrução, com violência, de um sonho, de um plano de vida. Portanto, do entendimento pelo mero inadimplemento discorda-se com veemência.

11. O atraso na entrega do imóvel não revela, por si só, repercussão em relação a algum dos atributos da personalidade, mas se refere apenas à ocorrência de inadimplemento contratual, assim indevida a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

[...]

(Acórdão 1229562, 00295160820148070001, Relator: ANA CANTARINO, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 12/2/2020, publicado no DJE: 20/2/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶⁶² [...]

A comprovação de atraso de mais de 2 anos na entrega do imóvel supera o mero inadimplemento contratual e enseja a reparação por danos morais.

(Acórdão 1214633, 00007974520168070001, Relator: ESDRAS NEVES, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 13/11/2019, publicado no DJE: 20/11/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁶⁶³ [...]

6. O dano moral, na hipótese de atraso na entrega de unidade imobiliária, não se presume, configurando-se apenas quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes-compradores, hipótese que não se verifica no caso vertente. Precedentes.

[...]

(Acórdão 1231794, 00405136620138070007, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 12/2/2020, publicado no DJE: 10/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

CONCLUSÃO

O contrato, ato jurídico, expressão da autonomia da vontade em contratar ou não, vincula as partes para cumprirem suas cláusulas escritas, formalizando a relação com a finalidade de garantir a troca de riquezas,⁶⁶⁴ cujos requisitos estão presentes na legislação, tais como Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Originário da época do império Romano, momento em que lhe foi atribuído o aspecto jurídico,⁶⁶⁵ decorre da incerteza se a promessa será cumprida a contento, bem como para prover meios legais para forçar o devedor ao cumprimento, sob pena de aumentarem os custos do negócio como um todo.⁶⁶⁶ É documento, em geral, de forma livre, cabendo às partes dialogar como será feita a transferência patrimonial nele descrita, garantindo tanto sua concretização quanto a incidência dos princípios operacionais.⁶⁶⁷

Previsto no Título VI, do Código Civil, duas regras determinantes devem ser observadas durante as tratativas de sua formação:⁶⁶⁸ se as cláusulas forem ambíguas ou contraditórias, a interpretação será feita de modo favorável ao aderente, além da nulidade de cláusulas acerca da renúncia antecipada a direito por parte do contratante. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, elenca as cláusulas consideradas potencialmente abusivas e assim nulas de pleno direito.⁶⁶⁹

Dentro dos vários tipos de contratos previstos, o de adesão surgiu da necessidade em criar instrumento padronizado para atender negócios entabulados provenientes da produção em massa,⁶⁷⁰ conferindo mais dinâmica às operações econômicas da sociedade. Por natureza, desequilibra a relação das partes e é mais definido pela forma do que por seus termos,⁶⁷¹ não permitindo a discussão prévia, adição ou supressão de cláusulas. Ao aderente cabe apenas

⁶⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos, 3ª edição*. São Paulo: Atlas 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481743/>. Acesso em: 18 Mar 2020.

⁶⁶⁵ NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge: Cambridge, 1990.

⁶⁶⁶ COOTER, Robert D.; SCHAFFER, Hans-Bernd. *O Nó de Salomão*. CRV, 2017.

⁶⁶⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁶⁶⁸ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

⁶⁶⁹ Confira o artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁷⁰ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁶⁷¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

entender a essência dele, cujo conhecimento é regido pela razoabilidade esperada de um homem médio.⁶⁷²

Dos princípios inerentes ao contrato, a função social e a boa-fé objetiva em todas as fases do negócio jurídico, são os norteadores para a interpretação das cláusulas e das ações das partes, objetivando a efetiva conclusão de seus termos, princípios esses que mitigam a máxima da *pacta sunt servanda*, ou da força obrigatória dos contratos, na qual o instrumento faz lei entre as partes e deve ser cumprido, sem a interferência sequer do Poder Judiciário.⁶⁷³

O contrato de promessa de compra e venda de imóvel, tipicamente de adesão, dotado de previsões acerca dos direitos e deveres do comprador ou do vendedor, bem como a descrição pormenorizada do bem negociado, gera a responsabilização da parte que causar prejuízos à outra, impondo a reparação por lucros cessantes, danos materiais ou morais, a depender do caso concreto. Não havendo solução amistosa entre as partes, leva-se a questão ao magistrado para decidir a quem caberá a obrigação de reparar as perdas e os danos pelo inadimplemento contratual.

Como demonstrado ao longo do trabalho, a questão foi levada ao judiciário por vários consumidores – até a data de 08 de setembro de 2020 ainda estão sobrestados 8.482 processos na justiça estadual e seis em tribunais superiores.⁶⁷⁴ O número de demandas onera excessivamente a máquina pública, tanto o quadro pessoal quanto as finanças do judiciário. Somente no ano de 2018, 78,7 milhões de processos em tramitação aguardavam solução definitiva, dos quais 14,1 milhões estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, pendente de resolução satisfativa. Ao contabilizar os processos *ativos*, o total ao final daquele ano era de 64,6 milhões de ações judiciais. A jurisdição de primeiro grau, de acordo com o Sumário Executivo, concentra 94% do acervo processual, resultando em carga de trabalho ao servidor de 602 processos, em detrimento a *apenas* 312 por servidor do segundo grau.⁶⁷⁵ No tocante à conciliação, *4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas*

⁶⁷² CAPIBERIBE, Denise de Araújo. *O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do novo Código Civil*. 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13. 2v. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>. Acesso em setembro de 2020.

⁶⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁶⁷⁴ BRASIL. *Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em 08 de setembro de 2020.

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

*pela Justiça, sendo 3,7 milhões de sentenças na fase processual e 700 mil na fase pré-processual, registrando a taxa de 12% dos julgados pela justiça em 2018.*⁶⁷⁶

A necessidade de se estimular a conciliação, prevista no Código de Processo Civil,⁶⁷⁷ desponta claramente. É a modalidade de resolução de conflito capaz de encerrar a demanda e reduzir os custos processuais e procedimentais, inclusive porque o alto volume de ações diminui a possibilidade de o magistrado analisar outras demandas, talvez mais urgentes, como nos casos relativos à saúde ou educação.⁶⁷⁸ A importância em se buscar e proporcionar aos jurisdicionados formas alternativas de resolução de conflitos, em especial os acordos consensuais, é fundamental para aliviar toda essa carga de trabalho despejada nos pouco mais de 18.000⁶⁷⁹ magistrados presentes no judiciário brasileiro.

Relativamente à discussão da cláusula penal presente nesse tipo de contrato de adesão, o valor devido a título de perdas e danos em caso de descumprimento ou mora na prestação da sua obrigação é prefixado. O consumidor ajuíza ação buscando a condenação da vendedora ao pagamento de lucros cessantes e a restituição dos danos materiais em virtude da não entrega do imóvel no prazo acordado. Outro motivo para se questionar a cláusula no Poder Judiciário é a ausência de contrapartida em favor do consumidor – abusiva segundo entendimento jurisprudencial.⁶⁸⁰

O Tema 971,⁶⁸¹ ao fixar a tese de possibilidade de inversão da cláusula penal se estipulada apenas em desfavor do promissário comprador, retira do consumidor a possibilidade de pleitear indenização suplementar por outras perdas e danos decorrentes do inadimplemento da construtora. De uma só vez a tese cria obrigação não pactuada pelos contratantes, deturpa o instituto da cláusula penal, não é capaz de reequilibrar as partes e, ainda, pode ser insuficiente

⁶⁷⁶ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Relatório. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em fevereiro de 2020.

⁶⁷⁷ Artigo 3º: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Artigo 334: Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

⁶⁷⁸ MENELL, Peter S. *A Note on Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System*. *Journal of Legal Studies*, vol. XII (January 1983).

⁶⁷⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Relatório. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em fevereiro de 2020.

⁶⁸⁰ Confira a Ementa do Recurso Especial nº 1.614.712/DF na íntegra nas referências.

⁶⁸¹ No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

para atender o interesse do consumidor.⁶⁸² O voto divergente, nesse sentido, pela não inversão, aparenta ser mais completo para reequilibrar os contratantes, permitindo ao consumidor ser restituído pelos gastos decorrentes com o atraso na entrega da obra, bem como ser indenizado pela situação vivenciada. Embora o inadimplemento contratual, em regra, não gere direito à indenização por danos morais, o caso concreto pode demonstrar, justamente, a necessidade dessa indenização.

Já em relação aos demais acórdãos analisados, 1.117, dos quais 229 do Superior Tribunal de Justiça e 888 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, verifica-se o esforço do Poder Judiciário em dar vazão a tantas demandas semelhantes exarando decisões capazes de restabelecer a situação anterior ao contrato, devolvendo aos compradores valores pagos por algo que não receberam, além da imposição da inversão de cláusula punitiva estipulada apenas em desfavor desses.

A atuação do Estado, do Poder Judiciário, repise-se, ocorre em última instância, quando não há entendimento na resolução contratual amigável, onde há o emprego de todos os meios e formas possíveis de revisão do instrumento.⁶⁸³ A proteção do consumidor, ainda que por meio da interferência nas relações privadas, impede o aumento na desigualdade ou pelo menos contribui para o aumento da igualdade nas relações negociais, ao atender os princípios presentes, sobretudo, na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, resguardando e protegendo os interesses econômicos de toda sociedade.

Percebe-se a evolução no entendimento jurisprudencial em relação à inversão da cláusula penal. No primeiro momento, a inversão era negada por ser considerada caso de inovação legislativa ou de inserção de nova cláusula, sem a prévia discussão e aceite das

⁶⁸² Confira a Ementa do Recurso Especial nº 1.614.712/DF na íntegra nas referências.

⁶⁸³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Vol. 3 - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, 14ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984014/>. Acesso em: 18 Mar 2020.

partes,⁶⁸⁴ cujo deslinde é justamente sua inversão a favor do consumidor,⁶⁸⁵ demonstrando de maneira clara a mitigação do princípio da força obrigatória dos contratos, ao adotarem elementos que se revelam mais importantes para a sociedade como um todo.

Toda a discussão permite entender que a premissa da inversão da cláusula em referência decorre da interpretação lógica da legislação brasileira, principalmente diante do princípio da isonomia das partes: se a cláusula pode ser imputada ao *devedor* consumidor, também deve ser imposta à construtora *devedora*.⁶⁸⁶ A interpretação do contrato é realizada com base no nível social, na linguagem da região, nas especificidades de cada uma das partes, além de todas as

⁶⁸⁴ [...]

7. Eventual entendimento pela inversão da multa moratória à empresa significaria a criação de uma nova cláusula, principalmente no que se refere à base de cálculo, não sendo atribuição do Judiciário intervir nas relações entre particulares.

[...]

(Acórdão 1139305, 20150110524950APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, 2ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 21/11/2018, publicado no DJE: 26/11/2018. Pág.: 208/231);

[...]

2. O Poder Judiciário não pode criar disposição contratual não ajustada, dando origem a um encargo não previsto no contrato ou na lei, sendo indevida a utilização do processo como fonte de obrigação. 2.1. Precedente: "[...] A inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor levaria o judiciário a intervir na relação criando cláusulas contratuais novas, não discutidas ou negociadas pelas partes, o que não é o seu papel. Precedentes.3. Apelo conhecido e parcialmente provido [...]". (20130710172204APC, Relator: J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, DJE: 26/03/2015).

[...]

(Acórdão 1111350, 07218198420178070001, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 18/7/2018, publicado no DJE: 6/8/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.) e;

[...]

8. Compulsando os autos, verifica-se que o contrato firmado entre as partes somente prevê a aplicação da multa moratória em desfavor do consumidor, não havendo no pacto ajustado disposição que ancore a aplicação de tal multa em detrimento da parte fornecedora, mesmo que esta tenha dado causa à dissolução pelo descumprimento da avença.

8.1. Muito embora o caso à baila seja regido especialmente pelo estatuto tutelador das relações consumeristas, em respeito ao princípio da força obrigatória do pactuado (*pacta sunt servanda*) não compete ao Poder Judiciário arvorar-se na seara de atuação do legislador, muito menos inovar as disposições contratuais encetadas pelos contratantes, sob o risco de imiscuir-se em questões que alheias ao seu âmbito de competência, além de adentrar na esfera da autonomia privada conferida às próprias partes.

[...]

(Acórdão 1099903, 20140710295734APC, Relator: ALFEU MACHADO, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 16/5/2018, publicado no DJE: 1/6/2018. Pág.: 140-143)

⁶⁸⁵ [...]

7. É perfeitamente possível a inversão da multa moratória para retificar o desequilíbrio contratual que gera onerosidade excessiva ao consumidor, sem ocasionar violação ao princípio do *pacta sunt servanda*.

[...]

(Acórdão 949229, 20140710413205APC, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 1/6/2016, publicado no DJE: 23/6/2016. Pág.: 207/219)

⁶⁸⁶ A palavra *devedora* é empregada em sentido amplo, podendo ser restringido ao inadimplemento da entrega do imóvel em si.

considerações previamente expostas quanto aos regramentos sociais e legais: deve ser de entendimento mútuo sobre o que é ou não permitido pelos termos contratuais.⁶⁸⁷

Nascendo o conflito, portanto, apresenta-se o caso em juízo, para o magistrado, figura neutra ao instrumento, interpretar seus termos à luz da legalidade. Essa legalidade, na verdade, consiste em uma *série de normas que constituem, para o intérprete, não indicações genéricas ou simples sugestões, mas prescrições juridicamente vinculativas, com as quais o intérprete é obrigado a conformar-se*.⁶⁸⁸ Dentre as prescrições, não se pode interpretar de maneira literal as cláusulas, mas sim buscar descobrir a intenção comum das partes, permeando-se pela boa-fé contratual. Com isso, prevalece a autonomia da vontade, permitindo manter o sentido inicial do contrato.

O consumidor possui conhecimento da existência da cláusula penal e de sua aplicação imediata se optar por rescindir o contrato sem motivo justo,⁶⁸⁹ ao mesmo tempo que espera sua imediata inversão caso a resolução contratual aconteça pelo inadimplemento da vendedora. Ainda nesse âmbito, verificou-se quanto pode o judiciário contribuir diretamente para desestimular essa prática unilateral, por meio das decisões com incentivo claro a ambas as partes cumprirem integralmente o avençado, especialmente a promissária vendedora, detentora de mais recursos financeiros e técnicos – em regra.

Se os contratos fossem estipulados sem a presença da cláusula penal como analisada, a sociedade como um todo tenderia a se beneficiar. O risco de sua supressão, por outro lado, é o provável aumento de descumprimento contratual por parte do comprador. Essa situação teria a capacidade de diminuir o volume de contratos e, ao mesmo tempo, aumentar o risco do negócio, elevando-se os custos do conjunto como um todo. Em suma, se a responsabilização pelo inadimplemento for maior que os custos do cumprimento do contrato, isto é, se economicamente for pior descumprir o contrato porque o Estado determinará indenização em proporção maior, incentiva-se à parte o cumprimento de sua avença. O inadimplemento, assim, poderia reduzir, ante o potencial dever de indenizar sua contraparte, que aguarda o cumprimento contratual conforme discutido.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ Motivo justo no sentido de inadimplemento substancial ou total por parte da promissária vendedora.

⁶⁹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Duas coisas podem ser extraídas como ensinamento de toda a pesquisa – ou apenas uma espécie de previsão para o futuro dos contratos no Direito Privado: Primeiro, as grandes empresas serão mais cautelosas na elaboração dos termos contratuais de maneira a manter o máximo de equilíbrio entre direitos e obrigações de quem vende e de quem compra o produto, serviço etc. Segundo, a cautela na manutenção de um certo equilíbrio contratual pode ser direcionada para prever duras sanções ao contratante se a contratada tiver a certeza de ser plenamente capaz de cumprir sua obrigação.

A inversão da cláusula penal, conforme tese fixada no Tema 971, de tudo que foi analisado, estudado e discutido, realmente não parece ser a melhor opção. A ausência de critérios objetivos para sua aplicação em favor do consumidor, mantém o magistrado debruçado sobre os autos até a apuração dos valores inerentes ao caso específico. O voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, por outro lado, segundo colhido na pesquisa de jurisprudência, carrega o sentimento do consumidor: a reparação civil – tanto a restituição dos danos materiais quanto a indenização pelos danos morais. Pelo menos, sendo o Direito dinâmico e vivo, pode nova tese ser fixada. Até lá, de uma forma ou de outra, ainda que não tenha sido conferido o reequilíbrio contratual, o consumidor dispõe do mínimo necessário para ver seu direito reparado. De toda sorte, não fosse assim fixada a tese, poderiam ser elevados os custos dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel ou a oferta de imóveis seria reduzida.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*, 12ª edição. Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000337/>. Acesso em: 15 Oct 2020.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALMEIDA, Washington Carlos de. *Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda. GRANADO, Daniel Willian. *Desistência recursal e recursos repetitivos*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 41, p. 13-26, Julho-Setembro/2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/41cpc%202.pdf?d=636687290507196448>. Acesso em setembro de 2020.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos, 3ª edição*. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481743/>. Acesso em: 18 Mar 2020.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Melo, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário: Escritos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497638/>. Acesso em: 15 Oct 2020.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BORBA, Mozart. *Diálogos sobre o CPC*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Relatório. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em fevereiro de 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em fevereiro de 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em outubro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em outubro de 2020.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em agosto de 2020.

BRASIL, Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993. Define planos de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores nos contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8692compilado.htm. Acesso em outubro de 2020.

BRASIL, Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em outubro de 2020.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em julho de 2020.

BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em agosto de 2020.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em fevereiro de 2020.

BRASIL. *Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em 08 de setembro de 2020.

BRASIL. *Repetitivos e IACs*. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1614721. Acesso em maio de 2020.

BRASIL. *Segunda Seção fixa teses sobre penalidades por atraso na entrega de imóvel*. Artigo da Internet. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Segunda-Secao-fixa-teses-sobre-penalidades-por-atraso-na-entrega-de-imovel.aspx>. Acesso em maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Recurso Especial. REsp 1614712/DF. 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. OMISSÃO DE MULTA EM BENEFÍCIO DO ADERENTE. INADIMPLENTO DA INCORPORADORA. ARBITRAMENTO JUDICIAL DA INDENIZAÇÃO, TOMANDO-SE COMO PARÂMETRO OBJETIVO A MULTA ESTIPULADA EM PROVEITO DE APENAS UMA DAS PARTES, PARA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. 1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial. 2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Aline Ramalho Sereno de Medeiros. Recorrido: MRV Prime Top Taguatinga II Incorporações Imobiliárias LTDA. Interessados: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON; Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC; Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINCO; Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – SINDUSCON; Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON – FPOLIS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 de maio de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808890&num_registro=201601879526&data=20190625&formato=PDF. Acesso em setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Recurso Especial. REsp 1631485/DF. 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. OMISSÃO DE MULTA EM BENEFÍCIO DO ADERENTE. INADIMPLENTO DA INCORPORADORA. ARBITRAMENTO JUDICIAL DA INDENIZAÇÃO, TOMANDO-SE COMO PARÂMETRO OBJETIVO A MULTA ESTIPULADA EM PROVEITO DE APENAS UMA DAS PARTES, PARA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. 1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial. 2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido.

Recorrente: Eder Nogueira da Mota. Recorrido: Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários S.A. Interessados: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON; Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC; Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINCO; Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – SINDUSCON; Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON – FPOLIS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1808889&tipo=0&nreg=201602669130&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190625&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial. REsp 1582318/RJ. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO DA OBRA. ENTREGA APÓS O PRAZO ESTIMADO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. PREVISÃO LEGAL. PECULIARIDADES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATENUAÇÃO DE RISCOS. BENEFÍCIO AOS CONTRATANTES. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. PRAZO DE PRORROGAÇÃO. RAZOABILIDADE. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, a qual permite a prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra. 2. A compra de um imóvel "na planta" com prazo e preço certos possibilita ao adquirente planejar sua vida econômica e social, pois é sabido de antemão quando haverá a entrega das chaves, devendo ser observado, portanto, pelo incorporador e pelo construtor, com a maior fidelidade possível, o cronograma de execução da obra, sob pena de indenizarem os prejuízos causados ao adquirente ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra (arts. 43, II, da Lei nº 4.591/1964 e 927 do Código Civil). 3. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância. 4. Aos contratos de incorporação imobiliária, embora regidos pelos princípios e normas que lhes são próprios (Lei nº 4.591/1964), também se aplica subsidiariamente a legislação consumerista sempre que a unidade imobiliária for destinada a uso próprio do adquirente ou de sua família. 5. Não pode ser reputada abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável, já que possui amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também em lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), constituindo previsão que atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos. 6. A cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Tal disposição contratual concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude sujeita a diversos obstáculos e situações imprevisíveis. 7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC). 8. Mesmo sendo válida a cláusula de tolerância para o atraso

na entrega da unidade habitacional em construção com prazo determinado de até 180 (cento e oitenta) dias, o incorporador deve observar o dever de informar e os demais princípios da legislação consumerista, cientificando claramente o adquirente, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do prazo de prorrogação, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Igualmente, durante a execução do contrato, deverá notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação. 9. Recurso especial não provido. Recorrente: Sergio Machado Terra e Aline de Miranda Valverde Terra. Recorrido: CHL Desenvolvimento Imobiliário SPE VPA 144 Incorporações LTDA. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 12 de setembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501452497&dt_publicacao=21/09/2017. Acesso em setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/download/3115/3839>. Acesso em outubro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Primeira Turma Cível. Apelação Cível. APC 0048620-20.2013.8.07.0001. DIREITO CIVIL E IMOBILIÁRIO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO E INDENIZATÓRIA. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. UNIDADE AUTÔNOMA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ENTREGA. ATRASO. QUALIFICAÇÃO. INADIMPLEMENTO CULPOSO DAS CONSTRUTORAS. CARACTERIZAÇÃO. PRAZO DE ENTREGA. PREVISÃO DE DILATAÇÃO SEM NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO. LEGITIMIDADE. EFEITOS DA MORA. MULTA MORATÓRIA CONTRATUAL. PREVISÃO ENDEREÇADA EXCLUSIVAMENTE AO ADQUIRENTE. ABUSIVIDADE. ILEGITIMIDADE. APLICAÇÃO REVERSA. IMPERATIVO LEGAL. EQUALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NEGOCIAL. EQUIDADE (CDC, ARTS. 4º E 51, IV E § 1º). COMISSÃO DE CORRETAGEM. RESSARCIMENTO. PRETENSÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRIENAL. PRETENSÃO VOLVIDA A RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA (CC, ART. 206, § 3º, INCISO IV). PRAZO. TERMO A QUO. DATA DO PAGAMENTO INDEVIDO. IMPLEMENTO. AFIRMAÇÃO. TESE FIRMADA PELO STJ SOB O FORMATO DO ARTIGO 1040 CPC/2015) (RESP Nº 1.551.956-SP). DANO MATERIAL. PUBLICIDADE ENGANOSA. PROVA DO DANO E NEXO CAUSAL ENLAÇANDOS AOS FATOS IMPUTADOS ÀS RÉS. GÊNESE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA. RELEGAÇÃO PARA A LIQUIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE (CC, arts. 186 e 927). ÔNUS DA PARTE AUTORA (CPC, ART. 373, I). REALIZAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. PEDIDO INDENIZATÓRIO. REJEIÇÃO. JUROS DE OBRA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO CONEXO COM A COMPRA E VENDA. ACESSÓRIOS DEVIDOS DESDE O TERMO CONTRATADO PARA CONCLUSÃO E ENTREGA DO IMÓVEL. DANOS EMERGENTES. COMPREENSÃO. COBRANÇA PELO AGENTE FINANCEIRO NO PERÍODO DO ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. REPETIÇÃO EM DOBRO.

IMPOSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DE FORMA SIMPLES. CORREÇÃO MONETÁRIA. PENA CONVENCIONAL E ACESSÓRIOS. ÍNDICE GENÉRICO. APLICAÇÃO DE ÍNDICE SETORIAL AFETO À CONSTRUÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE APELAÇÕES. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DO AUTOR. DESPROVIDO O APELO DAS RÉS. 1. Desde que pactuada em prazo razoável e compatível com o empreendimento a ser executado, não se reveste de ilegalidade ou abusividade a cláusula que prevê a prorrogação do prazo de entrega do imóvel em construção prometido à venda, independentemente de justa causa, pois encerra a previsão regulação consoante a natureza das atividades inerentes à construção civil, pois sujeita a fatores que, conquanto previsíveis, não estão afetados à álea de previsibilidade sistemática e precisa da construtora, tais como as intempéries climáticas, a falta de mão-de-obra, de materiais e maquinários, legitimando que se acautele e estabeleça a prorrogação como fórmula justamente de viabilizar a conclusão do empreendimento dentro do prazo estimado e participado ao adquirente. 2. Configurado o atraso injustificado na entrega do imóvel prometido à venda, considerado, inclusive, o prazo de prorrogação convencionado, ensejando que o consumidor ficasse privado de dele usufruir economicamente durante o interstício em que perdurara a mora da construtora, assiste-lhe o direito de ser compensado pecuniariamente pela vantagem econômica que deixara de auferir no interregno em que persistira a mora, consoante a cláusula compensatória prevista contratualmente. 3. Encerrando o contrato entabulado entre promissário adquirente de imóvel para fruição própria e a construtora e incorporadora que encartara a qualidade de promitente vendedora relação de consumo, as disposições que modulam a relação negocial devem ser interpretadas e moduladas de conformidade com a natureza que ostentam, viabilizando a infirmação ou modulação de dispositivos excessivos que afetam o objeto e equilíbrio contratual ou ensejem obrigações abusivas ou iníquas (CDC, arts. 4º e 51). 4. Contemplando o contrato de promessa de compra e venda cláusula penal endereçada exclusivamente ao consumidor para a hipótese de incorrer em inadimplemento culposo, a disposição penal, encerrando obrigação abusiva e iníqua por sujeitá-lo a desvantagem exagerada por não resguardar a contrapartida lógica, deve ser interpretada, em conformidade com os princípios informativos do contrato da igualdade, da boa-fé contratual, da equidade, da bilateralidade, da comutatividade e da obrigatoriedade, de forma ponderada com seu objetivo, ensejando que seja aplicada, de forma reversa, à fornecedora que incorrera em inadimplemento. (CDC, art. 51, IV e §1º). 5. A Corte Superior de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.614.721/DF e REsp n. 1.631.485/DF, realizado sob o rito dos recursos repetitivos, firmara tese no sentido de que, no contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento da alienante, legitimando, pois, a inversão da disposição penal como forma de equalização da relação negocial, obstando que apenas uma parte seja penalizada. 6. Conquanto patenteado que houvera alteração no sistema viário de acesso ao edifício em razão de imposição advinda da administração, não tendo o adquirente, conquanto ventilando a subsistência de prejuízo decorrente do que fora difundido como publicidade e o que fora entregue, qualificando ilícito contratual decorrente de publicidade enganosa, evidenciado que a alteração irradiara desvalorização à unidade adquirida ou prejudicara a acessibilidade às dependências do condomínio, inviável que lhe seja assegurada composição pecuniária proveniente do havido diante da ausência de prova dos fatos constitutivos do direito indenizatório formulado (CPC, art. 373, I). 7. Consubstancia verdadeiro truísmo que os pressupostos da responsabilidade civil, de acordo com o estampado nos artigos 186 e 927 do Código Civil, são (i) a caracterização de ato ilícito proveniente de ação ou omissão, (ii) a culpa do agente, (iii) o resultado danoso originário do ato (iv) e o nexo de causalidade enlaçando a conduta ao efeito danoso, emergindo dessas premissas normativas que, não evidenciados o resultado danoso originário do fato, e tampouco o nexo causal enlaçando a conduta ao efeito

danoso que alicerça a pretensão, restando obstada a apreensão da subsistência do fato constitutivo do direito invocado, o silogismo necessário à germinação da obrigação indenizatória não se aperfeiçoa, determinando a rejeição do pedido indenizatório formulado na exata tradução da regra inserta no artigo 373, inciso I, do CPC. 8. Emergindo a pretensão de repetição de valor da alegação de que o promissário comprador fora instado a verter, no momento da contratação, importes aos quais não estava obrigado, à medida que, segundo defendido, a comissão de corretagem proveniente da intermediação do negócio deveria ser suportada pela promissária vendedora, que, transmitindo-a ao adquirente, experimentara locupletamento indevido, está sujeita ao prazo prescricional trienal por se emoldurar linearmente na preceituação inserta no artigo 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil. 9. O termo inicial do prazo prescricional da pretensão de ressarcimento do locupletamento indevido é a data em que houvera o alegado desembolso indevido, pois traduz e consubstancia o momento em que houvera a violação ao direito daquele que vertera o importe de forma indevida, determinando a germinação da pretensão, ainda que tenha o vertido derivado de promessa de compra e venda, pois o reembolso do indevidamente despendido não guarda nenhuma vinculação ou dependência quanto às obrigações derivadas do contrato. 10. A pretensão somente germina com a violação do direito, consoante emerge da teoria da actio nata que restara incorporada pelo legislador civil (CC, art. 189), resultando que, ocorrido o dispêndio reputado indevido, resultando em incremento patrimonial desguarnecido de causa legítima por parte daquele ao qual fora destinado, a prescrição do prazo para aviamento da ação destinada à perseguição do reembolso do vertido se inicia no momento em que houvera o desembolso, pois traduz o momento em que houvera a violação do direito. 11. O Superior Tribunal de Justiça, no exercício da competência constitucional que lhe é assegurada de ditar a derradeira palavra na exegese do direito federal infraconstitucional e velar pela uniformidade da sua aplicação, firmara tese, sob a égide do procedimento do julgamento de recursos repetitivos (CPC/1973, art. 543-C; CPC/2015, art. 1040), no sentido de que incide a prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnica-imobiliária, ou atividade congênere, nos termos do art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil (REsp nº 1.551.956). 12. Aferido o atraso da construtora na conclusão e entrega do imóvel negociado, determinando que o adquirente suportasse acessórios derivados do financiamento contraído quando ainda em construção o imóvel traduzidos em juros remuneratórios - "juros da obra" -, o vertido está compreendido nos danos emergentes experimentados pelo comprador em razão do inadimplemento da vendedora, legitimando que seja contemplado com o vertido àquele título à guisa de indenização originária do inadimplemento culposos em que incorrera a alienante, mas sob a forma simples, pois derivados os acessórios do contratado, obstando que seja aventado que fora exigido de má-fé de modo a legitimar sua repetição em dobro. 13. A atualização monetária se qualifica como simples instrumento destinado a assegurar a intangibilidade da obrigação, resguardando sua identidade no tempo mediante o incremento do seu valor nominal com índice de correção apurado desde que fora fixada e até sua efetiva liquidação ante sua sujeição à ação da inflação, que redunde em mitigação da sua real e efetiva expressão pecuniária, donde emerge que, de molde a ser assegurada sua destinação teleológica, deve ser paramentada por índice que reflete os efeitos genéricos da inflação sem atrelamento a setor empresarial específico, como é o caso do INCC, cuja utilização deve ficar adstrita às hipóteses de indexação de obrigações provenientes de imóveis em construção, não se afigurando legítima sua extensão e utilização para atualização de parcelas indenizatórias, ainda que tenha o negócio como objeto a compra e venda de imóvel em construção, devendo ser utilizado nessa hipótese, como indexador, o INPC. 14. Apelação das rés conhecida e desprovida. Apelação adesiva do autor conhecida e parcialmente provida. Unânime. Apelantes: Cristiano Ferreira Morais, Incorporação Garden LTDA. e Incorporadora Borges Landeiro S.A. Apelados: Cristiano Ferreira Morais, Incorporação Garden LTDA. e Incorporadora Borges

Landeiro S.A. Relator: Teófilo Caetano, Brasília, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1234431&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1234431&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em setembro de 2020.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *TST divulga novos valores dos limites de depósito recursal*. Artigo da internet. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24618171. Acesso em janeiro de 2020.

CAPIBERIBE, Denise de Araújo. *O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do novo Código Civil*. 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13. 2v. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>. Acesso em setembro de 2020.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil Parte Geral. Institutos Fundamentais*. 3ª ed. rev. amp. e atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.

CARVALHO, P. R. *Direito Civil: Parte Geral, Obrigações, Contratos, Atos Unilaterais, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas*. Editora Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/>. Acesso em: 25 Aug 2020

CONJUR. *Desistência do autor não impede julgamento de recurso, diz 3ª Turma do STJ*. Artigo da internet. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-05/desistencia-nao-impede-julgamento-recurso-turma-stj>. Acesso em setembro de 2020.

COOTER, Robert D.; SCHAFER, Hans-Bernd. *O Nó de Salomão*. CRV, 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Judith Martins. *O Direito Privado como um “Sistema em Construção”*. (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 15. Porto Alegre: UFRGS, 1998. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70415/39986>. Acesso em março de 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2010.

EDIGLEUSON COSTA, Rodrigues. *A função social do contrato como concretização de direitos fundamentais nas relações privadas*. Dissertação. Universidade do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FREITAS, Luiza Cristina. *Promessa de compra e venda celebrada entre consumidor e incorporadora e/ou construtoras: um estudo a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Artigo. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/6603/pdf>. Acesso em setembro de 2020.

GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional: A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499878/>. Acesso em janeiro de 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 Sep 2020.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/>. Acesso em: 02 Oct 2020.

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

HERRERA, Edgardo López. *Teoría de la responsabilidad civil*. 1ª Ed. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2006.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTELETO, G. A. *Col. passe em concursos públicos - Nível superior: direito civil, volume 1 - Parte geral e especial : obrigações, contratos e responsabilidade civil. 1ª Edição*. Editora Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502211308/>. Acesso em: 25 Aug 2020

MENELL, Peter S. *A Note on Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System*. *Journal of Legal Studies*, vol. XII (January 1983).

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em janeiro de 2020.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 3: contratos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. Livro eletrônico. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil, volume único*. 10 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2018.

NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge: Cambridge, 1990.

OSTROWSKI, Antonio E. B., SANTANA, Héctor V. *A inversão das cláusulas contratuais em favor do consumidor nos contratos de adesão*. Artigo. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 7, p. 52446-52461, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/14057/11754>. Acesso em setembro de 2020.

PÁDUA, Fabrício Renê Cardoso de. *O Pósmoderno problema metodológico da interpretação dos contratos*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos*. Artigo da Internet. Disponível em: <https://www.marioluizdelgado.com/images/artigos-recomendados/esboc2baando-uma-teoria-geral-dos-contratos.pdf>. Acesso em março de 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*. 10. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSENTHAL, Marcelo. *Aventuras Jurídicas*. Artigo de Internet. Disponível em: <http://mraa.com.br/publicacoes/mostra/206/aventuras-juridicas.html>. Acesso em fevereiro de 2020.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à Brasileira: A Jurisprudência Vinculante no CPC e no Novo CPC*. Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000528/>. Acesso em: 01 Sep 2020.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário: Teoria e Prática*. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985660/>. Acesso em: 15 Oct 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SHAVELL, Steven. *The Fundamental Divergence Between the Private and The Social Motive to use the Legal System*. 26 J. Legal Stud. 575 1997.

SILVA, Rodrigo da Guia. *A renovada bilateralidade contratual: por uma releitura do sinalagma no paradigma da heterointegração dos contratos*. Revista Fac. Direito São Bernardo do Campo, v. 25, n.2, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rodrigo_Silva106/publication/338360203_A_renovada_bilateralidade_contratual_por_uma_releitura_do_sinalagma_no_paradigma_da_heterointegracao_dos_contratos_The_renewed_contractual_bilaterality_a_purpose_of_a_new_signification_of_synallagma_u/links/5e0f331792851c8364adebdb/A-renovada-bilateralidade-contratual-por-uma-releitura-do-sinalagma-no-paradigma-da-heterointegracao-dos-contratos-The-renewed-contractual-bilaterality-a-purpose-of-a-new-signification-of-synallagma-u.pdf. Acesso em julho de 2020.

SPIER, Kathryn E. “Litigation”. In: *Handbook of Law and Economics*, Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.).

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Vol. 3 - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, 14ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984014/>. Acesso em: 18 Mar 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TREBILCOK, Michael J. e DANIELS, Ronald J. *Rule of Law Reform and Development. Charting the Fragile Path of Progress*. Massachusetts: Edward Elgar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.