ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CUMULAÇÃO DE CLÁUSULAS PENAIS DE MULTA POR AVISO PRÉVIO E DE MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS

Philippe de Andrade Fiori Rocha Souza

Rio de Janeiro
2021

PHILIPPE DE ANDRADE FIORI ROCHA SOUZA

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CUMULAÇÃO DE CLÁUSULAS PENAIS DE MULTA POR AVISO PRÉVIO E DE MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Orientador:
Prof. Thiago Ferreira Cardoso Neves
Coorientadora:
Profª. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2021

PHILIPPE DE ANDRADE FIORI ROCHA SOUZA

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CUMULAÇÃO DE CLÁUSULAS PENAIS DE MULTA POR AVISO PRÉVIO E DE MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em____de_____de 2021. Grau atribuído:_____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: – Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

_____

Convidada: Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

_____

Orientador: Prof. Thiago Ferreira Cardoso Neves – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

_____

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO ALUNO.

Dedico essa obra a um cara legal, como diria ele mesmo. A uma mulher com sorriso e personalidade incríveis. A um filho de coração capaz de abraçar todo o Sistema Solar, pois um planeta seria pouco. A todas as minhas avós, que de suas peculiares maneiras de ser me mostraram o encanto da vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, aos Orixás e a todos os emissários destes, encarnados ou não, pela proteção, carinho, árduo trabalho e muito auxílio prestado sempre com amor.

Ao querido professor Sylvio Capanema de Souza, pelos bons ventos iniciais que concedeu ao trabalho quando a ideia ainda não passava de um sopro.

Ao meu orientador, Thiago Neves, pela inabalável animação com este trabalho desde seus primórdios; pela confiança ao longo de todo o trajeto; por estender um braço amigo em todas as situações e por cumprir a missão de passar adiante, de forma vívida, brilhante e calorosa, a chama jurídica que habita em seu coração.

À co-orientadora, Mônica Areal, por toda a paciência e compreensão, pelas incansáveis leituras e releituras, correções e pela energia sem a qual o presente trabalho não teria a pretensão de se dizer concretizado. A todos os funcionários do Semon, pela cortesia, respeito e profissionalismo demonstrados.

A Frederico e Lucienne, pela paciência, cuidado, conselhos e advertências; pelo nunca cessante apoio na vida e nos estudos desde tenra idade que inequívocamente me estimularam a buscar mais conhecimento e a ser quem sou; por sempre me motivarem a enfrentar qualquer medo.

À Ana Lygia e ao Enzo, pelo amor, carinho, alegria, felicidade, pelas bem colocadas piadas, pelas noites de jogatina, pelos inimitáveis bons momentos; por serem porto e farol inabaláveis diante de qualquer tempestade, furacão, maremoto ou mesmo tsunami, por sempre me alimentarem o desejo de retornar ao lar.

À Gabriella, pela companhia desde cedo na jornada da vida e por suportar, comigo, muitas idas e vindas do destino.

Às minhas avós, Gilda e Vilma, por serem tão alegres, engraçadas e sorridentes, e aos meus avôs, pelo exemplo de vida, companheirismo e amor cujas memórias para sempre me arrancarão sorrisos e lágrimas pela partida.

À Angela, pela positiva fuga de qualquer semelhança com o esteriótipo que envolve o vernáculo sogra; ao meu cunhado, Luan, pela completa fuga de qualquer esteriótipo existente na face da Terra, e à Maria Flor, pela alegria contagiante.

Aos amigos Antônio Leonardo, Mateus, Ana Paula e Amanda pelos importantes incentivos no mundo jurídico e nos concursos; ao grupo de amigos do Colégio Pedro II, formado por André Filipe, Eduardo, Tarciso, Thiago, Yuri, John, Rodrigo e Leon, dentre outros, que nem o tempo nem a distância removem do peito.

A todos não citados, familiares, amigos e também aos inimigos, sem os quais a vida não teria tempero, aprendizado ou redenção, a quem acolho no meu sistema com o voto de que seja irradiado amor incondicional.

“Até o mais baixo dos sussurros pode ser ouvido – sobre exércitos… quando diz a verdade.”

Autor desconhecido.

SÍNTESE

O art. 4º. da Lei nº. 8.245/91 (Lei de Locações) concede ao locatário o direito potestativo de rescindir unilateralmente a locação mediante a devolução do imóvel locado e, como consequência, prevê o pagamento de multa proporcional ao prazo cumprido, desde que haja previsão contratual. Por outro lado, tem sido comum a instituição de outra cláusula penal para o período contratual, que exige do locatário aviso com certa antecedência antes que se opte pela resilição do contrato. O presente trabalho se destina ao estudo dessas duas multas contratuais, quais sejam, a multa por aviso prévio e a multa pela rescisão antecipada do contrato, de forma conjunta nos contratos de locação de imóveis urbanos. Igualmente verificar-se-ão suas naturezas jurídicas, essências e peculiaridades próprias com o objetivo de analisar se há enriquecimento ilícito do locador que pretenda receber ambas. Além disso, será observado o impacto das diferentes modalidades de locação na cumulação das referidas cláusulas penais, e como deve se dar o controle judicial diante do que dispõem a Lei de Locações, o Código Civil e a Constituição Federal de 1988, além do que entendem a Doutrina e a Jurisprudência sobre a matéria.

PALAVRAS- CHAVE: Direito Civil; Obrigações; Cláusula penal; Locação; Rescisão; Aviso Prévio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....9

1. O QUE É UMA CLÁUSULA PENAL?.....11
1.1. **Conceito e natureza jurídica da cláusula penal**.....12
1.2. **Cláusula penal compensatória e cláusula penal moratória**.....22

2. A PREVISÃO CONTRATUAL DE MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS.....35
2.1. **Natureza jurídica e modalidade da cláusula penal decorrente da rescisão antecipada do contrato**.....35
2.2. **Outros aspectos relevantes da cláusula penal prevista no art. 4º da Lei de Locações**.....38

3. A CLÁUSULA PENAL QUE EXIGE AVISO PRÉVIO À RESILIÇÃO.....49
3.1. **Natureza jurídica e modalidade da cláusula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio**.....50
3.2. **Outros aspectos relevantes da cláusula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio**.....56

4. COMPARAÇÃO E CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS PENAIS.....68
4.1. **Análise do contexto fático que englobaria ambas as hipóteses de multa**.....68
4.2. **Confronto de Naturezas Jurídicas e obrigações às quais se aderem**.....69
4.3. **Análise do dano pré-avaliado**.....70
4.3.1. Seria o dano o mesmo nas duas cláusulas?.....71
4.3.2. Há *bis in idem*? Aprofundamento do dano pré-avaliado em cada cláusula.....77
4.4. **Parâmetros de controle que deverão ser considerados pelo magistrado**.....81
4.4.1. O controle judicial na locação residencial e na locação por temporada.....85
4.4.2. O controle judicial na locação não residencial.....86

CONCLUSÃO.....91

REFERÊNCIAS.....94

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a temática das cláusulas penais em contratos de locação de imóveis urbanos, com especial atenção para duas em particular, uma com previsão de multa por descumprimento de notícia exigida previamente à rescisão da locação, com prazo estabelecido livremente no contrato; e outra, com previsão de multa proporcional ao termo adimplido até a rescisão mencionada no art. 4º da Lei de Locações. É discutível a compatibilidade e a aplicação simultânea dessas cláusulas penais, uma vez que são instituídas em favor do locador e ambas estão compreendidas no cenário fático que envolve a rescisão do contrato, ao passo que a Lei de Locações tem o cunho de proteger o locatário.

Torna-se necessário analisar se a disposição de ambas no instrumento contratual significa excesso, ou se provoca nulidades, o que depende de observação de suas semelhanças e diferenças, inclusive no que toca à expectativa das partes diante da instituição no contrato.

Além disso, apreciar a compatibilidade dessas cláusulas depende do estudo sobre as diversas situações que compreendem a exigência das multas, considerando as diversas modalidades de locação, o momento de cumprimento do contrato diante do prazo determinado ou indeterminado, o direito comparado, dentre outras peculiaridades. Igualmente se considera a evolução histórica do Direito das Locações, bem como as normas, princípios, garantias, institutos, jurisprudência e costumes inerentes.

O primeiro capítulo presta-se ao estudo da natureza jurídica e das particularidades doutrinárias que envolvem as cláusulas penais, o que toma por base tanto o Código Civil de 1916 quanto o atualmente em vigor, bem como o entendimento da doutrina quanto aos tipos de natureza jurídica, modalidades moratória e compensatória e as implicações inerentes a esses institutos, como meio de fornecer substrato para o estudo proposto.

O segundo capítulo estuda a cláusula penal aplicável à hipótese de rescisão antecipada do contrato pelo locatário, prevista no art. 4º da Lei de Locações e calculada de acordo com a proporção adimplida do prazo previsto para a locação. Observa-se a natureza jurídica dessa cláusula, bem como a sua modalidade e as particularidades previstas na legislação, discutidas pela doutrina e abordadas pela jurisprudência. O terceiro capítulo tem a mesma pretensão quanto à clausula penal que exige do locatário aviso prévio à resilição do contrato.

O quarto capítulo estuda a compatibilidade das cláusulas para responder se a mera disposição simultânea delas no instrumento contratual provoca alguma nulidade, ou se

promove enriquecimento sem causa ou *bis in idem*. Procede-se à comparação de suas essências, funções e efeitos à luz do Direito das Locações, dos princípios e dos institutos jurídicos aplicáveis, de modo a verificar se possuem a mesma natureza jurídica, qual a expectativa legítima que têm as partes diante de suas instituições e se deve haver algum mecanismo de controle judicial para a ocasião de sua disposição conjunta, o que compreende estudo da diversidade de espécies de locação.

A pesquisa é desenvolvida pela técnica descritivo-explicativa, a qual permite a compreensão das cláusulas penais e os fenômenos a elas pertinentes na busca de resposta para a possibilidade jurídica de sua instituição simultânea no contrato e cobrança pelo locador, além da análise dos efeitos juridicos decorrentes.

Para tanto, utiliza-se a abordagem qualitativa, por permitir a interpretação dos fenômenos aplicáveis e fornecer fundamentação adequada para o processo de convencimento do intérprete, do magistrado e consequente resolução de casos concretos. O pesquisador pretende se valer do procedimento bibliográfico mediante análise e interpretação de informações, especialmente a legislação, posicionamento da doutrina e da jurisprudência.

1. O QUE É UMA CLÁUSULA PENAL?

O estudo e a distinção das multas contratuais decorrentes das cláusulas que preveem a necessidade de se avisar o locador, com antecedência da rescisão (cláusula de aviso prévio) e por lapso temporal ajustado no contrato, sob pena de multa, bem como a que prevê multa tão somente pela rescisão antecipada do pacto locativo, prevista em lei, deve compreender a intensa modificação do direito das locações. No último século, diante da instauração de uma nova ordem constitucional com o advento da CRFB/88[1] e da Lei de Locações, vigente desde 1991, a lei passou por muitas modificações.

O art. 4º da Lei de Locações[2], por exemplo, que trata da possibilidade de as partes preverem multa tão somente pela rescisão antecipada do contrato de locação por prazo determinado, a ser proporcionalmente calculada de acordo com o período que faltou adimplir, já sofreu duas modificações. A primeira, pela Lei nº 12.112/09[3] com objetivo de adequá-lo ao Código Civil de 2002; e a segunda, pela Lei nº 12.744/12[4], com objetivo de afastar a aplicação do dispositivo legal mencionado aos contratos de locação da modalidade *built to suit*.

O dispositivo acima mencionado tem especial relevância para o presente trabalho, uma vez que representa a fonte legal que resguarda a liberdade das partes de pactuar a multa, ao mesmo tempo em que pretende corrigir abusos. Tão relevante é a multa pela rescisão antecipada do contrato que, mesmo na hipótese de o instrumento contratual não estipular o seu valor, será possível a cobrança pela via judicial, a ser fixada pelo juiz em cumprimento ao comando expresso do *caput* do art. 4º da Lei de Locações[5].

Além disso, embora a Lei de Locações[6] trate de matéria especial, o que evoca o princípio da especialidade para prevalecer diante de eventual conflito de normas, nela não há qualquer impedimento à constituição de outras multas pelos pactuantes. Pelo contrário: como dito acima, o legislador expressamente prevê a possibilidade de cobrar-se a multa prevista no art. 4º da Lei de Locações[7] ainda que não tenham as partes pactuado a respectiva cláusula.

---

[1] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.
[2] BRASIL. *Lei nº 8.245,* de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l82 45.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.
[3] BRASIL. *Lei nº 12.112*, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12112.htm>. Acesso em: 9 nov. 2019.
[4] BRASIL. *Lei nº 12.744,* de 19 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12744.htm>. Acesso em: 9 nov. 2019.
[5] BRASIL, op. cit., nota 2.
[6] Ibid.
[7] Ibid.

Logo, diante do que dispõe o art. 5º, II da CRFB/88[8] e por se tratar de relação de direito privado, não há impedimento para o exercício da liberdade de contratar pelas partes desde que respeitadas as diposições legais, inclusive quanto aos limites, princípios e efeitos de ambas as cláusulas objeto do estudo. Impera, pois, o estudo das cláusulas penais nos contratos e a sua confluência com o Direito das Locações.

1.1. **Conceito e natureza jurídica da cláusula penal**

Como esclareceu Christiano Cassetari[9], em 2010, há pouca literatura específica sobre cláusula penal no direito brasileiro. Como assevera o mencionado autor, antes dele a única obra específica sobre o tema disponível era de autoria de Rubens Limongi França e datada de 1988, por ocasião da participação deste no concurso para vaga de professor titular da Faculdade de Direito da Universade de São Paulo.

Por conta do lapso temporal decorrido desde o trabalho de Rubens Limongi França, o entendimento aplicado na obra[10] de Christiano Cassetari é importante também por considerar expressamente a influência da modificação da legislação civil na sociedade e na aplicação de multas contratuais, inclusive com observância da civil-constitucionalização do direito.

Imbuído do espírito de conceituar cláusula penal, Christiano Cassetari[11] aponta que o Código Civil[12] não o trouxe de forma expressa, como fez o Código Civil francês no art. 1.226[13] e defende que, desde os tempos do Império, ela é fixada com o propósito de "reforçar o cumprimento da obrigação principal, já que sujeita o devedor inadimplente ao pagamento de certa prestação com repercussão econômica, reforçando, assim, sua condição acessória"[14].

Cassetari faz breve estudo histórico da evolução da cláusula penal no Brasil[15]. Demonstra o referido autor que, antes do Código Civil de 1916, vigoraram no Brasil as ordenações do Reino de Portugal. Dentre elas, observou Rubens Limongi França[16] que as Ordernações Filipinas continham seção própria que tratava de penas convencionais e

---

[8] BRASIL, op. cit., nota 1.
[9] CASSETARI, Christiano. *Multa Contratual:* teoria e prática da cláusula penal. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 23.
[10] Ibid.
[11] Ibid., p. 47-52.
[12] BRASIL. *Código Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 mai 2020.
[13] CASSETARI, op. cit., faz tradução livre "A cláusula penal é aquela em que uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se compromete a dar alguma coisa, em caso de inexecução" em nota de rodapé à fl. 47.
[14] Ibid., p. 47.
[15] Ibid.
[16] FRANÇA apud ibid., p. 44.

judiciais, limites nas obrigações de dar e de fazer, com tratamento específico para a matéria de locações e de contratos ilícitos.

Essas disposições influenciaram Teixeira de Freitas, por alguns chamado de jurisconsulto do império, na redação dos artigos 391 e 392 da Consolidação das Leis Civis. Nesta, já constava a vedação à cláusula penal de exceder a obrigação principal, bem como a nulidade da cláusula penal convencional para os casos em que o contrato for "nullo, torpe ou reprovável"[17]. Por essa ótica, a cláusula penal trata de pacto acessório em razão da sua afetabilidade em decorrência da obrigação principal, uma vez que, sem esta, não sobreviveria.

Posteriormente, a cláusula penal também foi tratada no Código Civil de 1916, porém, entre as modalidades das obrigações. Mário Luiz Delgado[18] afirma que a sua inclusão entre as obrigações se deu de forma equivocada, o que estaria solucionado no Código Civil de 2002, pelo tratamento no título do inadimplemento das obrigações.

Daniel de Leão Keleti[19] concorda com esse posicionamento, ao afirmar que a inclusão do título de obrigações correspondeu a uma imprecisão técnica. Keleti[20] também defende que a cláusula penal é acessória e sempre depende da obrigação principal, e que apenas será utilizada em caso de inadimplemento, seja inadimplemento absoluto ou em caso de mora.

Para Tatiana Magalhães Florense, na obra coordenada por Gustavo Tepedino[21], a natureza jurídica da clásusula penal é acessória, devendo-se aplicar a lógica prevista no art. 922 do Código Civil de 1916 no sentido de que a nulidade da obrigação principal importa a da pena convencional. Segundo essa autora, embora não exista dispositivo expresso nesse sentido em razão da supressão do texto do art. 922 do Código Civil de 1916 na redação do Código Civil de 2002, o mesmo entendimento persiste, com algumas ressalvas.

Mesmo que Florense também faça ressalva ao expor o entendimento de Miguel Maria de Serpa Lopes[22], este que leciona que a nulidade relativa da obrigação principal permitiria que a cláusula penal representasse o equivalente ao dano sofrido, entende que a multa contratual não poderá ser exigida depois de declarada a nulidade da obrigação principal,

---

[17] CASSETARI, op. cit., p. 47.
[18] DELGADO apud ibid, p. 45.
[19] KELETI, Daniel de Leão. *Cláusula Penal no Código Civil*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni, 2007. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040755.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.
[20] Ibid.
[21] TEPEDINO, Gustavo (Coord). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 518-519.
[22] LOPES apud ibid., p. 519.

de modo que servirá, apenas, de parâmetro a ser considerado pelo magistrado quando da fixação da indenização perseguida pela parte.

Keleti[23] demonstra ser ampla a controvérsia acerca da natureza jurídica da cláusula penal, como obrigação acessória ou condicional, com exposição de diversos autores. Em primeiro lugar, cita Múcio Continentino quem, por sua vez, observou posição defendida por Putchta no sentido de ser a cláusula penal uma obrigação condicional autônoma, subordinada apenas ao evento condicional. Para esse autor, a sorte da cláusula penal não deverá acompanhar eventual nulidade da obrigação a qual se adere.

Em seguida, Keleti[24] também expõe os ensinamentos de Pontes de Miranda, Antônio Pinto Monteiro, Pothier, Washington de Barros Monteiro, Caio Mário, Arnoldo Wald para reconhecer natureza acessória à cláusula penal, afastando-a da classificação como obrigação condicional porque o simples cumprimento defeituoso da obrigação principal não será exigível se o inadimplemento não puder ser imputado ao devedor.

O mesmo argumento também serve, na ótica de Keleti, para afastar a classificação da cláusula penal como promessa condicional, porém, com acréscimo de que esta teria como pressuposto a possibilidade do devedor de escolher qual obrigação quer cumprir, o que é incompatível com o que ocorre com a cláusula penal, situação na qual o emprego do instituto incumbe ao credor de acordo com o seu interesse.

Por sua vez, Cassetari[25] também recorre à doutrina para a tarefa de conceituar a cláusula penal e compreender sua natureza jurídica. Considera o entendimento de Lourenço Trigo de Loreiro, Antônio Joaquim Ribas, Eduardo Espínola, Clóvis Beviláqua, Robert Joseph Photier, Álvaro Villaça Azevedo, Augusto Teixeira de Freitas, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Washington de Barros Monteiro, Carlos Roberto Gonçalves, dentre outros, para então concluir que o conceito de cláusula penal, pena convencional ou multa convencional:

> […]se trata de uma convenção acessória inserida em negócio jurídico unilateral ou bilateral, em que o devedor da obrigação se compromete, para o caso de inexecução completa da obrigação, de inexecução de alguma cláusula especial, ou simplesmente de mora, a uma sanção de natureza econômica, que pode ser de dar, fazer ou não fazer, nos limites fixados em lei.

[23] KELETI, op. cit., p. 35.
[24] Ibid., p. 35-39.
[25] CASSETARI, op. cit., p. 47-52.

Na busca da essência da cláusula penal, o que permite delinear a sua natureza jurídica, Cassetari[26] recorre ao estudo de Rubens Limongi França. Este autor[27], mediante estudo das principais funcionalidades da cláusula penal segundo a doutrina de variadas épocas, examinou que seriam quatro as posições firmadas sobre a natureza jurídica da cláusula penal, sendo elas "a) teoria do reforço; b) teoria da pré-avaliação; c) teoria da pena; d) teoria eclética".

Assim como Cassetari, Keleti[28] também faz referência a essa exposição de Rubens Limongi França. Porém, Keleti[29] se vale da referida classificação para estudar a finalidade da cláusula penal. Como a finalidade da cláusula penal está diretamente ligada à sua essência, as categorias apresentadas por Rubens Limongi França serão abordadas na presente seção, com referência à natureza jurídica e como modo de facilitar a compreensão, tal como o fez Cassetari[30].

As nomenclaturas de cada teoria apresentada por Rubens Limongi França, acima transcritas, adiantam os seus respectivos conteúdos. Para a "teoria do reforço", a cláusula penal tem o objetivo de assegurar o adimplemento da obrigação. Cassetari[31] faz referência de que essa teoria é seguida por autores europeus, precisamente de línguas francesa, alemã e espanhola, com indicação dos autores Pothier, Savatier, Laurent, Aubry, Rau, Dernburg, Larenz, Hedemann, Enneccerus-Lehmann e Diego Ecopín Canovas. Keleti[32] cita Pothier e conclui a teoria do reforço no mesmo sentido de Cassetari.

A "teoria da pré-avaliação", por sua vez, indica que o objetivo da cláusula penal é apenas o de mensurar o dano previamente à sua ocorrência[33]. Cassetari[34] afirma ser esse o entendimento dos autores Mazeaud, Fritz Funk e Henri de Page quanto à natureza jurídica da cláusula penal.

Sobre essa teoria, Keleti[35] indica que a "teoria da pré-fixação" força o devedor à obrigação prevista na cláusula penal independentemente de prejuízo sofrido pelo credor e permite fixar valor razoável a título de indenização pelo inadimplemento. O referido autor vai além ao esclarecer que a teoria da pré-fixação nega que a cláusula penal seja meio coercitivo

---

[26] Ibid., p. 52-63.
[27] FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 142.
[28] KELETI, op. cit., p. 50-52.
[29] Ibid.
[30] CASSETARI, op. cit., p. 52-63.
[31] Ibid., p. 52.
[32] KELETI, op. cit., p. 41.
[33] CASSETARI, op. cit., p. 52.
[34] Ibid.
[35] KELETI, op. cit., p. 42.

para forçar o devedor ao cumprimento da obrigação principal, com exposição do entendimento de outros dois autores, Antônio Pinto Monteiro e Massimo Bianca[36].

Quanto à "teoria da pena", Keleti[37] faz referência a Rubens Limongi França e concorda com Cassetari[38] no sentido de que, para essa teoria, a cláusula penal funciona como "sanção do devedor pelo inadimplemento da obrigação". Para essa teoria, seguida por Savigny, Windscheid, Trimarchi, Magazzú, Lobato, na Itália, dentre outros[39], predomina a função penal do instituto[40].

A quarta teoria se denomina "teoria eclética". É a teoria que admite finalidade híbrida para considerar a cláusula penal inserida nas teorias do reforço e da pré-avaliação[41]. Como completa Arnoldo Wald[42], ela "constitui uma medida coercitiva ou intimidativa, funcionando também como prefixação dos prejuízos independentemente da prova que dos mesmos for apresentada"[sic].

Tatiana Magalhães Forense, na obra coordenada por Gustavo Tepedino[43], expõe que a cláusula penal, além da pré-avaliação dos danos, representa reforço da obrigação principal e faz referência a Caio Mário nesse sentido. Para a mencionada autora, a cláusula penal nos dias contemporâneos representa "instrumento de segurança (…), sobretudo nos momentos de crise econômica nos quais vem à tona o temor da inadimplência dos contratos"[44].

A autora contribui para o tema ao apresentar a posição de Miguel Maria de Serpa Lopes no sentido de ser impossível a interpretação dessa função nos moldes de uma função punitiva, ou repressiva, como havia no Direito Romano. Em nota de rodapé[45], expõe transcrição da obra de Lopes, com fundamento nos ensinamentos de Ihering, no sentido de que o último desenvolvimento do Direito Romano promoveu, a cada passo, a abolição da ideia de pena, por ser esta incompatível com a maturidade do Direito.

Dessa forma, como entende Miguel Maria de Serpa Lopes[46], a cláusula penal "evoluiu para sobrelevar-se em seu papel de elemento reparador, tal qual aparece em nossos dias, como elemento de composição de perdas e danos".

---

[36] Ibid., p. 42-46.
[37] Ibid., p.46-47.
[38] CASSETARI, op. cit., p. 52.
[39] Ibid.
[40] KELETI, op. cit., p. 47.
[41] CASSETARI, op. cit. p.52-53.
[42] WALD apud KELETI, op. cit., p. 48.
[43] TEPEDINO, op. cit., p. 517.
[44] Ibid.
[45] Ibid.
[46] LOPES, apud ibid., p. 517.

Mesmo dentro da teoria eclética, com reconhecida híbrida função da cláusula penal, existe divergência doutrinária. Conforme Keleti[47], embora a maioria da doutrina se apoie na dupla função, isto é, o elemento coercitivo ou reforço em conjunto com o indenizatório ou de pré-avaliação, há aqueles que observam a teoria eclétia com um terceiro elemento: a pena em si.

Essa é a visão de Keleti[48] sobre o estudo de Rubens Limongi França[49]. Para este, a cláusula penal também tem natureza de pena por significar, na acepção mais abrangente do termo "pena", uma punição infligida àquele que viola a ordem contratual e, por consequência, a própria ordem jurídica.

Cassetari[50] expõe que nem todos os autores adotaram a teoria eclética e, na doutrina brasileira, expõe os ensinamentos de Fábio Maria de Mattia[51], que propõe a divisão da classificação das cláusulas penais em "pura" e "não pura". Será pura, se apenas houver a função de punir, nisso compreendida a intenção de orientar determinado comportamento, e não pura quando houver, além da função punitiva, a função de pré-avaliação[52].

Ao estipular a classificação em pura e não pura, os entendimentos de Rubens Limongi França e de Fábio Maria de Mattia se afinam com a possibilidade de a cláusula penal conter essência predominantemente sancionatória. A função sancionatória, na visão do primeiro, e a cláusula pura, na visão do segundo, não afastam a possibilidade do efeito de reforço, porém expõem o prevalecimento da função punitiva. A distinção é relevante por permitir compreender naturezas distintas para estipulações contratuais aparentemente semelhantes, o que dependerá de aprofundamento no estudo de cada caso.

Mesmo que o fenômeno da civil-constitucionalização, naturalmente acompanhado de evolução da sociedade com reflexo na maturidade[53] do Direito, justifique maior afastamento da interpretação punitiva e repressão dos institutos jurídicos, é possível a persistência da essência sancionatória, ou pura, da cláusula penal. Basta que a obrigação principal e a punição sejam compatíveis com o ordenamento jurídico e que sua aplicação não constitua nenhum tipo de abuso.

---

[47] KELETI, op. cit., p. 50.
[48] Ibid.
[49] FRANÇA, op. cit., p. 157.
[50] CASSETARI, op. cit., p. 53.
[51] DE MATTIA, apud ibid.
[52] Ibid.
[53] TEPEDINO, op. cit., p. 517.

Cassetari[54] faz análise de alguns exemplos interessantes. Ao citar Flávio Augusto Monteiro de Barros, expõe a multa instituída por um clube de futebol a um de seus atletas para o caso deste não comparecer aos treinos. Em seguida, Cassetari discorre sobre o exemplo de Clóvis Beviláqua, para quem a cláusula penal poderia integrar testamento de modo a instituir pena ao herdeiro que não entregasse determinado bem ao legatário.

Nesses casos, por não haver nenhum dano a ser pré-avaliado, a cláusula penal poderia ser definida como pura. Nessa esfera, Cassetari[55] conclui que nos negócios jurídicos unilaterais, como o testamento e a promessa de recompensa, a cláusula penal terá natureza punitiva, isto é, pura, uma vez que não há objetivo de pré-avaliação de danos. Outra possibilidade de cláusula penal pura defendida pelo mencionado autor[56] será aquela instituída em benefício de terceiro, como uma instituição de caridade, no caso de inadimplemento.

Igualmente pura é a cláusula penal estabelecida em conformidade com o § 2º do art. 1.336 do Código Civil[57], que faça corpo de convenção de condomínio e que preveja multa para o caso de descumprimento das obrigações previstas nos incisos II a IV do mesmo dispositivo legal, como o dever de não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; de não alterar a fachada ou não usar sua unidade autônoma de modo a comprometer os direitos da vizinhança, dentre outros[58]. Nesses casos, a função é somente punitiva, segundo Cassetari.

Cabe acrescentar que, embora pura, com predominância da função sancionatória, as cláusulas penais dos exemplos acima também estão voltadas à orientação do comportamento exigido pela obrigação principal, o que aponta para a natureza de reforço, ainda que em menor peso. A pretensão da cláusula penal de que seja adotado o comportamento por ela exigido é indissociável de sua estipulação, uma vez que não seria razoável esperar que a cláusula penal fosse instituída apenas para vê-la transgredida, sem a possibilidade de cumprimento da obrigação exigida.

Assim como a norma jurídica, e há de se lembrar que o contrato faz lei entre as partes em razão do princípio da força obrigatória, o que facilita a correlação de ideias, a situação de inadimplemento representa uma constatação de realidade entendida por Hans Kelsen como “ser”, enquanto a cláusula penal busca uma situação jurídica desejada pelos

[54] CASSETARI, op. cit., p. 53-54.
[55] Ibid., p. 54.
[56] Ibid.
[57] BRASIL, op. cit., nota 12.
[58] CASSETARI, op. cit., p. 54.

contratantes, um "dever-ser"[59]. Quer-se dizer que, entre as partes, a cláusula penal busca reforçar o cenário jurídico do adimplemento da obrigação a ela ligada e que isso integra a sua própria natureza juridica, assim como a lei contém uma norma que busca um dever-ser[60] do mundo normativo.

Por isso, ainda que não seja o elemento predominante, essa caraterística torna impossível a aplicação da cláusula quando, no ato em que for constituída, a parte a quem caiba cumprir a obrigação não tenha meios para saber ser impossível o adimplemento da obrigação. Embora a tônica do caso concreto possa sempre levar a conclusões diferentes quanto ao que poderiam as partes conhecer, ou ainda, quanto à conduta de cada uma no exercício das faculdades contratuais e no adimplemento, de modo geral a cláusula penal instituída com absoluta certeza do inadimplemento da obrigação a ela vinculada não será materialmente uma cláusula penal – ainda que assim seja denominada no instrumeno contratual.

Nesse caso, a vantagem que se pretender receber a título de cláusula penal representará uma obrigação que uma das partes pretende exigir da outra em razão do próprio contrato, sem prejuízo de que tal conduta não seja considerada ato ilícito. Essa estipulação não seria acessória, como é característica da cláusula penal, mas somar-se-ia ao benefício almejado pela parte.

Em vias de observar a modificação do enfrentamento da cláusula penal de acordo com a tônica do caso concreto, levanta-se uma hipótese representada pela contratação de loja especializada em tingimentos, para que pinte de vermelho determinado bem constituído por material de difícil cognoscibilidade e desconhecido pelo tomador do serviço, em que tenha se estipulado multa em favor do proprietário caso o resultado final não apresente uma pigmentação específica.

---

[59] Os termos "ser" e "dever-ser" são uma referência aos ensinamentos de Hans Kelsen e de sua proposta normativista e foram retiradas do trabalho de Lúcio Augusto Pimentel Lourenço, Doutor Europeu em Direito, intitulado *Teoria Pura do Direito (segundo o pensamento de Hans Kelsen)*, na revista jurídica JURISMAT, de Portimão, Portugal, 2017, nº 10, p. 49-70. Segundo Lourenço:

"A vontade do legislador como uma manifestação do "ser" transmite à norma jurídica o seu principio retributivo, ou seja, a sanção, entendendo esta como consequência e coactividade que a norma, o sistema e o Direito deve integrar, independentemente de se tratar do direito privado, público, ou mesmo sancionatório penal e administrativo.

De tal conceito de norma, que parte do ser para o dever-ser, fica evidente a necessidade da evolução do direito, que se deve ajustar permanentemente ao espírito e vontade do legislador, que varia e muda em função do lugar, do tempo e do estádio de pensamento e conhecimentos individuais e/ou colectivos do titular do poder soberano de "ditar" e "conceber" a norma e o Direito". Disponível em http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/8139/Teoria%20Pura%20do%20Direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 nov. 2019. Incluído como comentário, e não como referência, porque embora os termos estejam ligados às ideias de Kelsen na ótica de Lourenço, a correlação com cláusula penal defendida no parágrafo é uma ideia original.

Se o proprietário entregar o bem ciente de que o aludido material, embora aparentemente idêntico a um tecido comum, é incompatível com a pigmentação de que se tratar a multa, a instituição desta no contrato, além de decorrer de violação da boa-fé e de ato ilícito que justifica a impossibilidade de sua exigência, não poderá ser enfrentada como cláusula penal em razão da completa impossibilidade de seu adimplemento desde o momento da instituição. Nesse caso, eventual estipulação contratual que recebesse dos contratantes o nome de cláusula penal não teria pretendido criar multa alguma.

Materialmente, essa disposição não seria cláusula penal ainda que a obrigação principal fosse cumprível, e não passaria de mera tentativa do proprietário do tecido de se locupletar, com má-fé, em desfavor da tinturaria. Cabe ressaltar, considerando que a cláusula penal tem natureza acessória, que a impossibilidade originária da prestação mencionada no exemplo acima, seguindo o entendimento de Serpa Lopes[61], levaria à própria não constituição da obrigação. Desse modo, a menção do termo "cláusula penal" no contrato é irrelevante porque a obrigação jamais fora constituída, em primeiro lugar.

Mudando um pouco o exemplo, o contrato poderia ter sido firmado na tentativa de se atingir determinada pigmentação, sob pena de multa, mas com a completa ciência dos contratantes quanto aos atributos do material, e também prevista a obrigação de entrega de amostra do tecido processado e da tinta utilizada em caso de descumprimento. Nesse caso, análise das amostras pode indicar que é possível o cumprimento da obrigação de tingir como se deseja e com a presença do material disponível, caso em que persistirá ao credor o interesse na obrigação principal; logo, a aplicação da clásula penal nesse quadro pretenderia impelir ao adimplemento por intermédio da mora.

Por outro lado, o cenário poderia revelar que o tingimento é irreverssível e que o tecido foi completamente comprometido, de modo que o interesse do proprietário do tecido será o de compensar o prejuízo econômico. Assim, poder-se-ia aplicar a mesma cláusula penal para compensar os danos pré-avaliados.

Para Rubens Limongi França[62], a essência do instituto está em significar uma garantia de adimplemento da obrigação com exatidão, como uma garantia. O mencionado autor ensina, mesmo que a pena prevista na cláusula penal não seja aplicável, como no caso da compensação alternativa, que há um reforço pela intimidação porque poderia o credor

[61] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil:* obrigações em geral. 7ª ed. rev. e atual. V II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 333.
[62] FRANÇA, op. cit., p. 158-159.

optar pela cobrança do montante. Embora abondone as funções punitiva e de pré-avaliação de perdas e danos em razão da alternância, persistirá o reforço da obrigação principal[63].

Sob o ponto de vista de Rubens Limongi França[64], quando a cláusula penal deixa de reforçar a obrigação principal igualmente deixa de ser uma pena convencional, para se tornar uma multa penitencial ou cláusula penal imprópria. Em outras palavras, perde a sua essência de cláusula penal para persistir apenas o resultado da imposição de uma multa simples.

Nesse ponto, Cassetari[65] distingue que a cláusula penal pura, ou de função punitiva consoante as quatro correntes identificadas por Rubens Limongi França, não deve ser confundida como se fosse sinônimo de multa simples. Para melhor esclarecer, Cassetari[66] faz uso do exemplo da multa de trânsito como multa simples, uma vez que é estabelecida unilateralmente pelo Poder Público e não pelas partes em razão de negócio jurídico.

Os próprios termos utilizados pela lei e no meio forense dão ensejo à controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de se considerar a multa simples como se fosse cláusula penal em seu aspecto unicamente punitivo. Isso porque frequentemente o legislador usa o termo "multa" para designar a multa simples, isto é, sanções punitivas, como ocorre com a multa de trânsito, ou a multa prevista na legislação penal.

Isso não impede que o mesmo vocábulo seja usado com sentido diverso pela doutrina, ou pelo próprio legislador em outras oportunidades, como é o caso do art. 4º da Lei do Inquilinato[67] que, por sua vez, expressamente prevê a participação de cláusula penal no contrato de locação, como será abordado adiante. O que não se deve olvidar é que o pressuposto de existência da multa simples, como a multa de trânsito, é a sua instituição pelo legislador ou pelo Poder Público, o que é completamente diverso da previsão de clásula penal, que necessariamente deve resultar de negócio jurídico[68].

Muito embora o próprio Christiano Cassetari[69] tivesse abordado a posição de outros doutrinadores em sentido contrário ao que que defende, isto é, de que a multa simples poderia ser sinônimo de cláusula penal pura, deve prevalecer a posição por ele, Cassetari, sustentada, no sentido de que tais institutos não são semelhantes em razão dos diferentes pressupostos que pairam sobre a formação dos negócios jurídicos, no caso das cláusulas penais, e da relação entre o Estado e o particular, decorrente da Lei.

---

[63] Ibid.
[64] Ibid.
[65] CASSETARI, op. cit., p. 56-57.
[66] Ibid.
[67] BRASIL, op. cit., nota 2.
[68] CASSETARI, op. cit., p. 56-57.
[69] Ibid.

Em síntese, Cassetari[70], Keleti[71] e Rubens Limongi França[72] concordam que a doutrina adota a teoria eclética, com referência direta às obras de Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues, Arnoldo Wald, Whasington de Barros Monteiro, Cáio Mário da Silva Pereira, no caso do primeiro e, além desses, Múcio Constantino, Antunes Varela, Pontes de Miranda, no caso do segundo, dentre outros citados por Limongi França. Este[73], acompanhado por Cassetari, faz distinção de que a teoria eclética é adotada por autores brasileiros contemporâneos para propor uma tríplice natureza da cláusula penal, capaz de abranger as funções de reforço, de pré-avaliação e de pena.

Portanto, de um modo geral se pode considerar a natureza jurídica da cláusula penal no direito brasileiro como tríplice, porém, a verificação da existência dessas três distintas naturezas (pena, reforço e pré-avaliação) dependerá do caso concreto, assim como ocorre com a identificação da espécie de cláusula penal a ser aplicada.

1.2. **Cláusula penal compensatória e cláusula penal moratória**

Como defendem Cassetari[74] e Keleti[75], a doutrina brasileira contemporânea divide a cláusula penal em duas espécies, sendo elas a compensatória e a cláusula penal moratória. A divisão nessas duas modalidades é amplamente difundida, ainda que não haja consenso sobre a abrangência de cada termo.

Christiano Cassetari leciona que, para alguns doutrinadores como Arnoldo Wald[76] e Caio Mário da Silva[77], a cláusula penal moratória é aquela que se aplica para o caso de mora do devedor, sem prejudicar a possibilidade de exigir-se a obrigação principal. E seria compensatória para o caso de infração contratual, caso em que poderia substituir as perdas e danos ou a elas se acrescer como complemento pela infração contratual.

Nesse particular, Cassetari[78] afirma que a tese de Caio Mário era semelhante, no sentido de que a cláusula penal compensatória se aplica ao caso no qual o devedor descumpriu integralmente a obrigação, e a moratória para o caso de inexecução no prazo assinalado.

---

[70] Ibid. p. 59.
[71] KELETI, op. cit., p. 47.
[72] FRANÇA, op. cit., p. 155.
[73] Ibid.
[74] CASSETARI, op. cit., p. 65-66.
[75] KELETI, op. cit..
[76] WALD apud CASSETARI, op. cit., p. 65.
[77] PEREIRA apud ibid.
[78] PEREIRA apud ibid.

Keleti[79] se apoia no curso de Maria Helena Diniz e na obra de alguns outros autores como J. M. De Carvalho Santos, Múcio Continentino e Clóvis Beviláqua. O entendimento de Diniz[80] sintetiza o que sustentam os demais, todos no sentido de que a cláusula penal moratória se refere apenas à mora, enquanto a cláusula penal compensatória se aplica ao caso de inexecução completa da obrigação principal, ou de alguma cláusula especial. Na mesma linha, Cassetari contempla os entendimentos de Washington de Barros Monteiro e de Silvio de Salvo Venosa[81].

Cassetari faz referência a outros autores, como Silvio Rodrigues, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Paulo Nader, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, com objetivo de demonstrar a doutrina que entende de modo diverso e, assim, considerar que a cláusula penal instituída para asseverar uma obrigação especial no contrato seria moratória, logo, exigível em conjunto com a obrigação principal[82]. Além desses autores, também pensa assim Tatiana Magalhães Florense, na obra coordenada por Gustavo Tepedino[83].

No estudo dessa corrente doutrinária, outro argumento[84] frequentemente utilizado para que a cláusula penal relativa a uma obrigação especial, ou específica, deva ser considerada como moratória é a redação do art. 411 do Código Civil[85]. Isso porque o legislador expressamente fez constar neste dispositivo legal a possibilidade de a cláusula penal ser estipulada tanto para assegurar uma cláusula determinada, como para a mora da obrigação principal, situações essas que terão a mesma consequência jurídica, qual seja, a exigência das penalidades em conjunto com a obrigação principal.

Outro autor que, nas palavras de Cassetari, não via empecilhos para a cumulação da cláusula penal fixada para o caso de descumprimento de alguma obrigação especial foi Miguel Maria de Serpa Lopes[86]. A análise considerada por estes autores[87] foi sobre o art. 919 do Código Civil de 1916[88], cuja redação é idêntica ao atual art. 411 do Código Civil[89], em vigor, o que faria com que dita cláusula penal fosse considerada moratória.

---

[79] KELETI, op. cit., p. 62.
[80] DINIZ apud ibid.
[81] DINIZ; VENOSA apud CASSETARI, op. cit., p. 66.
[82] CASSETARI, op. cit., p. 66.
[83] TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 521.
[84] CASSETARI, op. cit., p. 66-67.
[85] BRASIL, op. cit., nota 12.
[86] SERPA LOPES, apud CASSETARI, op. cit., p. 67.
[87] Ibid.
[88] BRASIL. *Código Civil,* de 1º jan. 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019.
[89] BRASIL, op. cit., nota 12.

Importante observar que distinguir as modalidades de cláusula penal entre cláusula penal especial, moratória e compensatória, tem relevância prática extrema para a solução de qualquer caso concreto. Uma vez tendo se entendido que determinada cláusula penal é compensatória, deverá ser aplicada a regra do art. 410 do Código Civil[90]. Em razão disso, a exigência da cláusula penal compensatória se dará de forma alternativa em benefício do credor, isto é, será cobrada no lugar da obrigação principal, e em substituição a esta. Cassetari[91] cita Roberto Senise Lisboa, para quem a substitutividade é o elemento que permite a antecipação dos danos já definidos pela cláusula, em cumprimento a uma das funções definidas na seção anterior.

Por sua vez, a cláusula penal considerada como moratória deve seguir o regramento do art. 411 do Código Civil[92], sendo possível ao credor cobrá-la em conjunto com a obrigação principal, isto é, de forma cumulativa[93]. Deve-se atentar que a distinção entre as cláusulas penais voltadas para a obrigação principal ou para uma obrigação especial encontra fundamento legal no art. 409 do Código Civil[94], sendo expressa possibilidade de sua instituição, o que não é tema da divergência doutrinária em análise.

Apesar disso, a consideração de que determinada cláusula penal está vinculada à obrigação principal ou à uma obrigação especial prevista no contrato indica diferenciadas consequências jurídicas com relação à possibilidade de cumulação, na forma do art. 411 do Código Civil[95]. Em razão disso, a classificação das modalidades de cláusula penal com fundamento no art. 409 do Código Civil[96] será considerada adiante, especialmente no estudo da cláusula penal que exige do locatário o dever de aviso prévio à resilição.

Diante da controvérsia doutrinária quanto à classificação da modalidade das cláusulas penais, especialmente na distinção entre moratória e compensatória, tanto Cassetari[97] como Keleti[98] defendem que a análise deve se dar de acordo com o caso concreto, ocasião em que o interesse das partes poderá ser relevado. Em observação à regra de distinção

---

[90] Ibid.
[91] CASSETARI, op. cit., p. 71.
[92] BRASIL, op. cit., nota 12.
[93] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado,* 12 ed. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001725ca46e1af9d5649f&docguid=I95f750c0248e11e9a0ba010000000000&hitguid=I95f750c0248e11e9a0ba010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=55&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso mediante senha em: 28 mai. 2020.
[94] BRASIL, op. cit., nota 12.
[95] Ibid.
[96] Ibid.
[97] CASSETARI, op. cit., p. 67.
[98] KELETI, op. cit., p. 67.

sugerida por Arnoldo Wald[99] no sentido de que, no silêncio das partes, estas teriam feito opção pela cláusula compensatória, Keleti faz dura crítica para defender que "regras simples de presunção, como a citada acima, formam campo fértil para injustiças"[100].

Um critério criado para a distinção entre as modalidades moratória e compensatória é comumente atribuído a Caio Mário da Silva Pereira, como se depreende da redação de Tatiana Magalhães Forense[101] e até mesmo de algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça[102], comentadas a seguir. Tal método consiste em observar o valor instituído para determinada cláusula. Se muito inferior à obrigação principal, a cláusula penal seria moratória, uma vez que não há lógica na estipulação contratual de perdas e danos em quantia modesta e provavelmente insuficiente para cobrir o dano. No sentido oposto, se o valor da cláusula for elevado a ponto de se aproximar da obrigação principal, dever-se-ia considerá-la compensatória.

De fato, tal observação consta na obra de Caio Mário da Silva Pereira[103], porém importa esclarecer que não se trata de uma solução apresentada por este autor, mas sim da análise sobre a recomendação de outros dois autores citados em nota de rodapé: Giorgi e Alfredo Colmo. Reproduz-se o trecho no qual tal método é mencionado por Caio Mário[104]: "mandam uns que se confronte o seu valor com o da obrigação principal, e, se ressaltar a sua patente inferioridade, é moratória, [27] mas outros desprestigiam estre processo comparativo, para concluir que o critério não é absoluto [28]"[sic].

A importância dessa observação é que, na realidade, Caio Mário expressamente afirma que o reconhecimento da modalidade da cláusula penal deve se dar de acordo com o caso concreto, sbo pena de se incorrer em equívoco, consoante o seguinte trecho de sua obra:

> Este recurso ao casuismo já é de si a mostra do tropeço na formulação de um princípio genérico. Não é facil dizer, em tese, ou genericamente, quando é compensatória ou moratória a cláusula penal. (...)
> Em conclusão, caberá ao juiz valer-se de todos os meios, a começar da perquirição da vontade, para, das circunstâncias, inferir e proclamar, nos casos duvidosos, a natureza moratória ou compensatória da multa.[105]

---

[99] KELETI, op. cit., p. 67.
[100] Ibid.
[101] TEPEDINO, op. cit., p. 521.
[102] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 734.520/MG.* Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=703320&num_registro=200500411126&data=20071015&formato=PDF>. Acesso em: 29 mai. 2020.
[103] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil de acordo com o Código Civil de 2002,* 20ª ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154.
[104] Ibid.; O nº 27 e o nº 28 se reportam, respectivamente, às notas de rodapé com indicação dos autores Giorgi e Alfredo Colmo e a Salvat.
[105] Ibid.

Via de regra, os métodos de distinção entre as modalidades compensatória e moratória das cláusulas penais dificilmente representaria matéria apta à julgamento em sede de recurso especial, uma vez que, via de regra, demandam análise do instrumento contratual e isso é vedado pelos enunciados nº 5[106] "a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial" e nº 7[107] "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" da súmula do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, há pronunciamento deste.

A técnica comentada no livro de Caio Mário já foi expressamente mencionada em acórdão[108], bem como em algumas decisões monocráticas proferidas nos últimos cinco anos[109], e inclusive considerada como a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça[110] [111] para fins de inadmitir recurso especial com razões no sentido diverso. Vale ressaltar que a aplicação do enunciado nº 83 da súmula da Corte, a seguir transcrito, foi considerado para defender a prevalência da técnica de Caio Mário: "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida"[112].

Uma outra corrente, indicada por Keleti[113] e por Cassetari[114], e formada por autores como Pontes de Miranda, Darcy Bessone, Carlos Alberto Bittar e Jorge Cesa Ferreira da Silva, defende que deverá ser observada a intenção das partes no ato da instituição da cláusula para delimitar se determinada cláusula penal é moratória ou compensatória. Nelson Rosenvald[115] defende que, quando o negócio jurídico for impreciso, o intérprete deverá bucar a "intenção da parte materializada na declaração de vontade", em alusão ao art. 122 do Código Civil[116], considerando para tanto que o valor objetivamente acordado para a cláusula

---

[106] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.* Brasília: STJ, 2015. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em: 17 dez. 2020.
[107] Ibid.
[108]BRASIL, op. cit., nota 102.
[109] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 1.509.982/SE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201901481080&dt_publicacao=16/08/2019>. Acesso em: 29 mai. 2020.
[110] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 904.584/DF*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=64174076&num_registro=201600992597&data=20160824>. Acesso em: 20 mai 2020.
[111] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 885.555.* Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201600703852&dt_publicacao=29/04/2016>. Acesso em: 29 mai. 2020.
[112] BRASIL, op. cit., nota 106.
[113] KELETI, op. cit., p. 65-66.
[114] CASSETARI, op. cit., p. 67-8.
[115] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 59.
[116] BRASIL, op. cit., nota 12.

pode não parecer o que regeu a intenção dos contratantes e, não sendo possível determinar a intenção destes, o intérprete deverá recorrer à razoabilidade[117].

Vale dizer que a aplicação dessa técnica, sugerida por Rosenvald[118], pode ser usada conjuntamente com aquela mencionada na obra por Caio Mário[119] e adotada pela jurisprudência, isto é, a verificação do valor da penalidade em contraste com a obrigação principal, inclusive como elementos aptos para melhorar a análise casuística efetivamente sugerida pelo autor[120], afinal, tudo isso envolve os atos praticados pelas partes ao contratar.

Porém, o exegeta necessariamente deve ter em mente que essas técnicas devem ser facilitadoras da solução de casos concretos. Como permitem a elucidação de questões em acordo com a lei e as demais fontes do caso concreto, de modo a motivar fundamentadamente decisões judiciais e interpretações jurídicas, não podem promover o engessamento do intérprete a ponto de formar presunções que fomentem o cenário de injustiças considerado na crítica da Keleti[121].

Muito menos podem permitir o enriquecimento ilícito vedado pelos artigos 884 e 412 do Código Civil[122]; obstar a aplicação do art. 413, que permite ao magistrado a redução equitativa da multa excessiva; ou permitir interpretação que viole os limites da função social do contrato, na forma do art. 421, todos do referido diploma legal. Quer-se dizer que aplicação da técnica deve buscar o ponto de maior confluência do Direito ao caso concreto.

Cassetari[123] fornece bons exemplos de como uma mesma cláusula penal especial pode ser entendida diversamente de acordo com o caso concreto. Para o caso da cláusula penal especial como moratória, contextualiza a que fosse estabelecida em contrato de promessa de compra e venda de um imóvel e preveja a necessidade do proprietário de entregar as chaves no ato da quitação da promessa, bem como a outorga de escritura pública definitiva em cinco dias, sob pena de multa de R$ 1.000,00 (mil reais). Se a chave for adequadamente entregue, em cumprimento à obrigação principal, mas a escritura não for outorgada no prazo avençado, persistirá ao adquirente o direito de cobrar o R$ 1.000,00 (mil reais), obrigação essa que não substituirá à obrigação principal, afinal, a outorga da escritura

[117] ROSENVALD, op. cit., p. 115-116.
[118] Ibid.
[119] PEREIRA, op. cit., p. 154.
[120] Ibid.
[121] KELETI, op. cit., p. 67.
[122] BRASIL, op. cit., nota 12.
[123] CASSETARI, op. cit., p. 68.

denifitiva ainda interessa ao credor. Isso demontra que, nesse exemplo, a cláusula penal especial será moratória[124].

Para o caso da cláusula penal especial compensatória, Cassetari fornece outra situação didática[125], representada por um contrato de compra e venda de grama sintética vendida para empresa sediada no exterior, adquirida com a finalidade de abastacer um estádio de futebol em que seria realizada a abertura da Copa do Mundo de Futebol, na Alemanha. Nesse novo exemplo, a obrigação principal deveria ser cumprida mediante apresentação da grama sintética no porto, momentos antes da partida para o país em referência, sob a pena de pagamento de determinada cláusula penal. As palavras do autor[126] melhor elucidam a questão:

> [...] se se considerar que a mercadoria somente poderia ser transportada por navio e o vendedor a entrega, na data aprazada, na sede da empresa, que fica em outra cidade que não a portuária, isso irá, certamente, impedir que o bem seja embarcado ao seu destino.
> Supondo que não exista outro navio que tenha saída posterior e que a grama não chegue à Alemanha a tempo de ser utilizada na referida partida, estaríamos diante de um inadimplemento absoluto, já que a mercadoria, entregue fora do local combinado, tornaria sua aquisição inútil para o credor, pois a empresa para quem ela foi revendida não teria interesse em recebê-la após a Copa do Mundo. Dessa forma, a cláusula penal, neste caso, estaria ligada ao inadimplemento absoluto da obrigação e o seu valor substituiria a obgigação principal, o que demonstra sua natureza compensatória.
> Por esse motivo é que se entende a cláusula penal, estipulada para garantir o cumprimento de uma clásula contratual, não será definitivamente compensatória ou moratória, mas sim, ser ora uma, ora outra, dependendo do caso.

Segundo Nelson Rosenvald[127], a finalidade é tão decisiva que pode levar à cumulação, pelo credor, do direito à pena com a exigência de obrigação principal:

> [...] afinal, se a pena cobre o mesmo interesse a que é destinado o cumprimento da obrigação, não poderá o credor se valer de ambos simultaneamente, pois um excluirá o outro. Porém, se não existir a identidade de interesses, ou seja, se a pena não houver sido fixada como compensação pela falta de cumprimento, haverá fundamento para que o credor possa justificar a cumulação do direito à pena aliado à tutela específica da obrigação.

Por outro lado, Nelson Rosenvald[128], com suporte na doutrina de Antonio Pinto Monteiro, demonstra que, se não houve estipulacão de cláusula penal moratória, mas apenas a compensatória, essa cláusula não poderá fazer as vezes da outra. Ou seja, nesse caso a

---

[124] Ibid.
[125] Ibid., p. 68-69.
[126] Ibid.
[127] ROSENVALD, op. cit., p. 60.
[128] Ibid.

cobrança pelos danos da mora deverá se dar pelos termos gerais, "pela simples razão de que a pena não foi convencionada para esta hipótese, e o dano nela prefigurado não foi este"[129].

Outro ponto que deve ser abordado é que o descumprimento das obrigações permite análise de distinção entre as modalidades compensatória e moratória da cláusula penal. Nesse sentido, Cassetari[130] afirma que será compensatória se "ligada à hipótese de inexecução completa da obrigação, e moratória se estiver ligada à hipótese de mora".

Ainda sobre a classificação de determinada cláusula penal, defende Cassetari[131] que é possível a inserção de cláusula penal que tenha por objetivo garantir o cumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva, na forma do art. 422 do Código Civil[132], caso em que a cláusula não poderia de plano ser caracterizada como moratória ou compensatória, uma vez que o descumprimento pode levar a inadimplemento total, ou à mora.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema em diferentes oportunidades, como se constata, por exemplo, no Informativo de Jurisprudência nº 513. Em dezembro de 2012, a Terceira Turma da Corte Superior julgou recurso especial[133] que versava sobre aplicação cumulativa de cláusula penal moratória e de perdas e danos decorrente de atraso na entrega de imóvel objeto de promessa de compra e venda.

Com fins de delinear o julgamento[134], a posição manifestada pelo referido Tribunal foi de que a cláusula penal compensatória tem função de pré-avaliação das perdas e danos, enquanto a cláusula penal moratória nem compensa nem substitui o dano: apenas pune a mora. Com base nesse argumento, prevaleceu o entendimento de que a multa estabelecida para fins de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do atraso, uma vez que esta responsabilidade decorre naturalmente do próprio sistema.

Desse modo, a posição do Superior Tribunal de Justiça no final de 2012 foi pela possibilidade do promitente comprador de cobrar a multa moratória expressamente prevista no instrumento contratual, além do cumprimento da obrigação principal e da indenização correspondente aos lucros cessantes causados pela não fruição do imóvel no período de atraso. Dito de outro modo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade de cumulação de cláusulas moratória e compensatória decorrentes do mesmo evento fático, o

---

[129] MONTEIRO apud ibid.
[130] CASSETARI, op. cit., p. 76.
[131] Ibid., p. 69.
[132] BRASIL, op. cit., nota 12.
[133] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.355.554/RJ*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201200981852.REG.>. Acesso em: 1º jun. 2020.
[134] Ibid.

atraso na entrega do imóvel, sem que o valor cobrado a título da cláusula penal moratória pudesse influenciar na cobrança de perdas e danos ou de multa compensatória, e vice-versa.

Em março de 2014, a Corte Superior julgou outro recurso especial[135] que, por sua vez, integra o Informativo de Jurisprudência nº 540. Nessa ocasião, ao julgar recurso[136] que envolvia inadimplemento de contrato de compra e venda de veículo, o entendimento da Terceira Turma foi no sentido de que a cláusula penal compensatória tem função punitiva, além de pré-fixação das perdas e danos, enquanto a moratória manifesta com mais evidência a característica de reforço, presente em toda cláusula penal, além da função punitiva.

Os fundamentos da decisão proferida em sede de recurso respecial julgado em 2014[137] demonstram uma certa mudança no enfrentamento do tema porque, em 2012[138], consoante julgamento anteriormente comentado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a natureza jurídica da cláusula penal compensatória seria apenas de pré-fixação de perdas e danos, sem qualquer menção à essência punitiva.

Outro ponto interessante no julgamento de 2014 é análise feita pelo relator, Ministro Sidnei Beneti[139], que corrobora a possibilidade de estipulação de cláusula penal específica para o agravamento do dano, de modo a prevalecer a liberdade contratual. Pelo menos quanto ao caso em comento, o acórdão[140] revela a concordância do julgador quanto à possibilidade de cumulação de cláusula penal compensatória com cláusula penal especial, na forma do art. 409 e do art. 411, ambos do Código Civil[141] e em alinhamento à doutrina observada no trabalho de Cassetari[142].

Aliás, a decisão de 2014[143] distinguiu cláusula penal especial de perdas e danos considerando que estas se reportariam a um evento não previsto contratualmente, enquanto aquela seria especial em razão da estipulação contratual voltada para a hipótese de agravamento do dano.

---

[135] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.335.617/SP*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201101064870.REG.>. Acesso em: 1º jun. 2020.
[136] Ibid.
[137] Ibid.
[138] BRASIL, op. cit., nota 133.
[139] BRASIL, op. cit., nota 135.
[140] Ibid.
[141] BRASIL, op. cit., nota 12.
[142] CASSETARI, op. cit., p. 67.
[143] BRASIL, op. cit., nota 135.

Em meados de 2019, o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso especial[144] afetado ao tema nº 970 de recursos repetitivos, cuja temática envolveu a "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 de imóvel"[145]. O relator[146] considerou os argumentos defendidos por Sylvio Capanema de Souza em sustentação oral, este que atuou como advogado representante de entidade admitida como *amicus curiae*, no sentido de ser notória a inclusão de cláusula penal no contrato de compra e venda de imóveis em construção, a qual se aplica na hipótese de atraso na entrega do bem, em patamar variável entre 0,5% (cinquenta centésimos por cento) a 1% (um por cento) sobre o valor do contrato, por mês.

Para o deslinde da controvérsia, foi necessário identificar a modalidade e a natureza jurídica da cláusula penal. Quanto à modalidade, por se tratar a cláusula penal de obrigação que pode ser exigida em conjunto com a entrega do imóvel, ou seja, em conjunto com a obrigação principal, prevaleceu o entendimento de ser a cláusula penal moratória[147].

Cabe esclarecer o uso do termo "compensatória" que se fez constar no voto do relator, Ministro Luis Felipe Salomão[148], sobre a manifestação dos professores Otavio Luiz Rodrigues Junior e Sylvio Capanema de Souza. Isso por que a indicação de tal vocábulo não está voltada para a modalidade da cláusula penal, mas sim para a natureza desta. Prevaleceu no julgamento que, particularmente quanto à natureza, a cláusula penal objeto de discussão no recurso especial repetitivo[149] é compensatória e exclusivamente indenizatória, uma vez que é comum que o patamar da penalidade seja fixada entre 0,5% (cinquenta centésimos por cento) a 1% (um por cento) sobre o valor do contrato, parâmetro a ser multiplicado pela quantidade de meses, de modo a equiparar-se ao valor da locação.

O acórdão[150] também considerou a posição sustentada pela Ministra Maria Isabel Gallotti, em abril de 2018, na ocasião de uma palestra proferida no auditório do Superior Tribunal de Jutiça, na qual demonstra, em síntese, o enfrentamento da controvérsia na sua ótica:

---

[144] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.635.428/SC.* Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF>. Acesso em: 3 jun. 2020.
[145] Ibid.
[146] Ibid.
[147] Ibid.
[148] Ibid.
[149] Ibid.
[150] Ibid.

> Aqui também se põe a mesma observação: a definição da tese há de levar em consideração a natureza da cláusula penal e não apenas o rótulo a ela dado no contrato. Se a cláusula penal incide todos meses, tendo como base de cálculo o valor do total do contrato, vale dizer, o valor do imóvel, é certo que se destina a coibir a mora da empresa na entrega do imóvel, mas também compensa o prejuízo sofrido mensalmente com a privação do uso imóvel, cujo valor locatício, como é notório, não ultrapassa no mercado, em regra, de 0,5% a 1% ao mês do valor do bem.
> Diversa é a situação de multa moratória incidindo sobre o valor total do bem, mas apenas uma única vez, quando, então, naturalmente, não compensará a despesa (ou a perda da fruição) mensal do consumidor em decorrência do não cumprimento do prazo de entrega[151].

Houve, no julgamento desse caso[152], voto divergente da Min. Nancy Andrighi, acompanhado apenas pelo Min. Marco Buzzi. Como tal voto abriu a divergência e é o único divergente cujas razões constam por escrito no acórdão[153], apenas se fará referência a ela, Min. Nancy. A julgadora[154] entendeu que o Superior Tribunal de Justiça deveria manter a posição manifestada pela corte desde 2009, no sentido de ser possível a cumulação de cláusula penal moratória com lucros cessantes, como forma de manter-se estável a jurisprudência e a previsibilidade aos jurisdicionados diante de situações concretas.

O entendimento anterior, que prevaleceu entre 2009 até meados de 2019 com o julgamento do tema nº 970 dos recursos especiais repetitivos[155], considerava que a cláusula penal moratória não compensa o inadimplemento, mas se traduz em punição ao devedor em face da mora, enquanto a cláusula penal compensatória é que tem a função de pré-avaliação de danos e substitui as perdas e danos. Contudo, essa posição mostrou-se isolada e não prevaleceu diante da análise em conjunto da modalidade e da natureza da cláusula penal instituída para o atraso na entrega do imóvel objeto do contrato de compra e venda de imóvel em construção, tendo a corte entendido que, embora a modalidade seja moratória, há natureza compensatória e indenizatória da cláusula, como exposto acima[156].

Desse modo, a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a seguinte: "a cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes". Esse caso não apenas releva os efeitos decorrentes do regime de

---

[151] GALLOTTI, Isabel. A incorporação imobiliária na perspectiva do STJ: a proteção do consumidor – harmonização dos interesses coletivo e individual. *Doutrina* – edição comemorativa 30 anos do STJ, Brasília, p. 777- 789, mai. 2019, p. 787. Nota: texto enviado a pedido do aluno pela biblioteca do Superior Tribunal de Justiça, em razão da sua citação direta no julgamento do REsp nº 1.635.428/SC (nota 144).
[152] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.635.428/SC,* op. cit.
[153] Ibid.
[154] Ibid.
[155] Ibid.
[156] Ibid.

repetitivos presente nos art. 927, III; 1.036,;1.039 e .1040 do Código de Processo Civil[157], e a guinada no entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas também representa o entendimento convergente da Corte com a posição dos autores civilistas que tiveram a oportunidade de se manifestar como, por exemplo, Sylvio Capanema de Souza, Flávio Tartuce, Otávio Luiz Rodrigues Júnior e José Fernando Simão[158].

Além disso, esse ponto de convergência revela um paradigma implícito na análise da possibilidade de cumulação das cláusulas penais: o dano. Ainda que o ponto de início para análise da cláusula penal observada no referido julgamento[159] tenha sido a definição da natureza jurídica que, como é própria da cláusulas penais, define a função que esta terá, o ponto de fechamento da interpretação foi o dano. A tese fixada pela Corte Superior[160] impede a cumulação da cláusula penal quando esta for bastante para cobrir o dano decorrente do atraso, isto é, quando for equivalente ao valor da locação do imóvel.

Em sentido contrário, a tese não se aplica quando a cláusula for insuficiente para cobrir a perpectiva do aluguel. Isso significa que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial em comento[161], não pôde permitir que o credor recebesse quantia que superasse o dano decorrente do atraso na entrega do imóvel, uma vez que o valor de parâmetro da cláusula contratual daquele caso era elevado o suficiente para justificar que a interpretação sobre a sua natureza não seja compelir ao cumprimento da obrigação, moratória, mas sim o de suportar o ônus decorrente do atraso na forma de compensar o prejuízo.

Essa sistemática significa que o Superior Tribunal de Justiça transmitiu a mensagem de que a verificação da abrangência da cláusula penal também deve ser feita sob a ótica do dano, e pode ser aplicada como meio de evitar o enriquecimento ilícito e o abuso de direito.

De fato, o posicionamento doutrinário sobre o tema é amplo e frequentemente apresenta correntes com entendimentos diferentes. A doutrina discorre sobre outros assuntos, como a nulidade da cláusula que permita ao devedor escolher entre o cumprimento da obrigação principal ou cláusula compensatória, o que subverteria a cláusula penal para transformar a obrigação principal em alternativa. Outro exemplo é a posição de se permitir cobrança de dano superior ao que houver sido convencionado na pré-fixação de danos apenas

---

[157] BRASIL. *Código de processo civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei /l13105.htm>. Acesso em: 5 jun. 2020.
[158] BRASIL, op. cit., nota 144.
[159] Ibid.
[160] Ibid.
[161] Ibid.

se houver estipulação expressa nesse sentido, em razão do parágrafo único do art. 416 do Código Civil[162].

Todavia, a completa exaustão do tema não guarda compatibilidade com o presente trabalho, no qual se pretende o estudo das cláusulas penais instituídas em contrato de locação de imóvel submetido à Lei do Inquilinato. Uma vez conceituado o mecanismo que é a cláusula penal, e observadas as suas naturezas jurídicas e modalidades ligadas à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico, é possível o estudo das cláusuas penais objeto do presente trabalho.

[162] BRASIL, op. cit., nota 12.

2. A PREVISÃO CONTRATUAL DE MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS

Prevista no art. 4º da Lei de Locações[163], a multa por rescisão antecipada do contrato pode ser instituída pelas partes no respectivo instrumento ou ser estipulada mediante provocação do Poder Judiciário. Isso significa que, salvo as peculiares hipóteses da locação *built to suit* prevista no art. 54-A[164] do mesmo diploma, é discutível o controle sobre os contratos de locação não residencial, especialmente *shopping centers,* em função do art. 54 também da Lei de Locações, entendeu o legislador que o contrato de locação deveria ser cumprido pelo locatário em homenagem ao princípio da obrigatoriedade dos contratos[165], sob pena de multa proporcional.

Essa proporcionalidade observará o cumprimento do prazo determinado, no caso de estipulação da cláusula no instrumento contratual, ou o pagamento de uma multa que não deixa de ser indenização por perdas e danos, em razão do arbitramento pelo magistrado que considerará a natureza do contrato, seu vulto e valor na ordem de concretizar a vontade das partes[166]. É imprescindível conhecer a sua natureza jurídica e as suas peculiaridades, com objetivo de confrontar tais características com as da cláusula que exige aviso prévio à rescisão do contrato.

2.1. Natureza jurídica e modalidade da cláusula penal decorrente da rescisão antecipada do contrato

Não há como fugir da essência de reforço que essa cláusula penal dá ao cumprimento do contrato, como incentivo de adimplemento integral. Como consta na seção anterior do presente trabalho, a cláusula penal naturalmente contém uma carga mínima da essência de reforço, o que vale tanto para as obrigações principais quanto para as especiais previstas no contrato. Essa essência, que permite conhecer sua natureza jurídica, ganha um especial destaque, para além da referida carga mínima, no caso da cláusula penal pela rescisão antecipada do contrato prevista no art. 4º da Lei de Locações[167].

---

[163] BRASIL, op. cit., nota 2.
[164] Ibid.
[165] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio (Org.). *Lei do inquilinato comentada artigo por artigo*: visão atual na doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 14.
[166] VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada:* doutrina e prática: Lei nº 8.245 de 18-19-1991. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.
[167] BRASIL, op. cit., nota 2.

Assim se sustenta porque a redação do dispositivo legal em comento transparece a opção política do legislador de influenciar as partes no integral cumprimento das obrigações assumidas, ao prever a incidência da multa mesmo no silêncio do contrato e ao prever a nulidade da avença que tente elidi-la[168]. Isso significa uma exceção legal ao princípio da autonomia da vontade para homenagear outro princípio: a obrigatoriedade dos contratos, também conhecido por *pacta sunt servanda*. Por sua vez, o princípio da obrigatoriedade exige a irretratabilidade das manifestações de vontade, salvo novo acordo entre as partes ou expresso direito de arrependimento[169].

Quer pelo contrato, quer pela lei, o prazo deverá ser cumprido pelo locatário. O legislador expressa a sua vontade de modo inequívoco: só haverá contrato de locação no solo pátrio, se houver alguma possibilidade de o locatário responder pela rescisão antecipada, ainda que o locador tenha que se valer do direito de ação para, na omissão do contrato, seja a multa fixada pelo juiz. Logo, a mera possibilidade de que venha o locatário a responder judicialmente influencia positivamente o processo de tomada de decisões rumo ao adimplemento.

Além do aspecto de reforço, Sylvio Capanema de Souza[170] leciona que a multa tem caráter reparatório, com natureza compensatória e funciona como pré-fixação dos prejuízos. O autor também faz referência às modificações legislativas da Lei de Locações e do Código Civil, bem como à condição atual do mercado, para esclarecer que tem sido cada vez maior a preocupação dos locadores em manter os locatários, especialmente aqueles que honram pontualmente as obrigações contratuais.

Segundo o autor[171], tem sido corriqueiro que o imóvel permaneça desocupado por longos períodos de tempo, o que onera o locador ao pagamento de despesas, especialmente a cota condomínial e o imposto sobre a propriedade urbana, dentre outras[172]. Logo, a situação econômica representa verdadeiro impulso ao locador para oferecer benefícios como, por exemplo, a redução do aluguel.

Sylvio Capanema de Souza[173] ainda explica que a multa prevista no contrato nem sempre será suficiente para englobar todo o prejuízo do locador. Aliás, o valor da multa pode se reduzir dependendo da proporção de cumprimento do contrato, motivo que justifica, ainda

---

[168] SCAVONE JUNIOR (Org.), op. cit., p. 15..
[169] SLAIBI FILHO, Nagib; NAVARRO DE SÁ, Romar. *Comentários à lei do inquilinato.* Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 75.
[170] SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*: artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 44-45.
[171] Ibid.
[172] Ibid.
[173] Ibid.

mais, a preferência do locador de que o contrato seja cumprido em detrimento do uso da cláusula penal.

Os autores Nagib Slaib Filho e Romar Navarro de Sá[174], Silvio de Salvo Venosa[175] e Luiz Antonio Scavone Junior, tanto em obra da qual participa como organizador[176] como em obra própria[177], concordam que a a multa pela rescisão antecipada do contrato tem natureza de pré-fixação de danos e se enquadra na modalidade compensatória. Esse entendimento é majoritário na doutrina.

Acrescenta-se a observação de que, se o intuito do locador é assegurar que o locatário continuará a ocupar o imóvel para prevenir os males econômicos decorrentes da desocupação do imóvel, então a cláusula penal decorrente da rescisão antecipada do contrato também terá essência jurídica de reforço, em acordo com a classificação de naturezas jurídicas proposta por Rubens Limongi França[178], que foi objeto do estudo de Christiano Cassetari[179] e Keleti[180]. Em razão disso, a multa contratual decorrente da resilição contratual da locação, objeto de estudo, pode se considerar como eclética, isto é, a soma das essências de pré-fixação de danos e de reforço.

A definição da natureza jurídica facilita a determinação da espécie de cláusula penal, isto é, se a cláusula penal pela rescisão antecipada do contrato deve ser entendida como moratória ou compensatória. Em consideração ao fato de que a cláusula penal tanto pode ser instituída para pré-fixar danos quanto para assegurar uma obrigação principal como uma obrigação especial[181], a análise de sua modalidade deve ser feita à luz da obrigação à qual ela está adjeta, no caso, a obrigação principal.

Sendo assim, a cláusula penal prevista pelo art. 4º da Lei de Locações[182] inequivocamente incide sobre a obrigação principal do locatário de pagar aluguéis ao longo de todo o prazo estipulado no contrato. A cláusula compensa prejuízos do locador em razão da resilição pelo locatário e, salvo o caso das locações da modalidade *built to suit*, ocasião na qual o locador poderá cobrar tudo o que seria devido até o fim do prazo avençado na forma do § 2º do art. 54-A da Lei de Locações[183], ocorrerá a substituição da obrigação de pagar os

[174] SLAIBI FILHO; SÁ, op. cit., p. 75..
[175] VENOSA, op. cit., p. 44-45.
[176] SCAVONE JUNIOR (Org.), op. cit., p. 15.
[177] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário*: teoria e prática. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.119.
[178] FRANÇA, op. cit., p. 142.
[179] CASSETARI, op. cit., p. 52.
[180] KELETI, op. cit., p. 50-52.
[181] CASSETARI, op. cit., p. 47-52.
[182] BRASIL, op. cit., nota 2.
[183] Ibid.

aluguéis até o encerramento do prazo previsto pela obrigação de pagar a penalidade instituída. Ato contínuo, tal penalidade deve ser cobrada na proporção do prazo inadimplido, como manda o art. 4º da Lei de Locações[184].

Há também o objetivo de pré-compensar as perdas do locador pelo término prematuro da locação, em atendimento à sua natureza jurídica eclética, e como a cláusula em questão não poderá ser exigida em conjunto com a obrigação principal, afinal, sua aplicabilidade decorre justamente do cenário de resilição em que o contrato é extinto, a cláusula penal prevista pelo art. 4º da Lei de Locações[185] deve ser entendida como compensatória. Desse modo, aplica-se a regra do art. 410 do Código Civil[186], a qual prevê a conversão da obrigação principal de pagar alugueis pela penalidade instituída. Ocorre a impossibilidade do credor de ver cumprida a obrigação principal e, consequentemente, ausência de legítimo interesse do locador e impedimento à cumulação com cláusula penal moratória sobre a mesma base de cálculo, isto é, sobre o prazo inadimplido do contrato, como se demonstrou na seção anterior.

Muito embora seja deveras distante a hipótese em que a cláusula penal prevista para o caso de rescisão antecipada do contrato pudesse ser considerada moratória, o presente trabalho não pode olvidar o entendimento doutrinário exposto nas seções anteriores, notadamente o de Christiano Cassetari[187], como um alerta. Afinal, este entende que a viabilidade fática pode modificar o interesse do credor a tal ponto que a mesma cláusula penal poderá ser entendida ora como compensatória, ora como moratória, se ainda persistir o interese do locador no adimplemento da obrigação principal que se pretende assegurar e compensar. Porém, nenhuma hipótese nesse sentido pôde ser imaginada.

2.2. **Outros aspectos relevantes da cláusula penal prevista no art. 4º da Lei de Locações**

O art. 4º da Lei de Locações[188], ao possibilitar a cobrança da multa mesmo sem sua prévia disposição contratual, e o art. 45 da mesma lei, ao vedar que o contrato contenha elementos que levem à frustração dos objetivos do legislador, tornam nula hipotética disposição que pretenda afastar a incidência por completo da penalidade prevista para a rescisão antecipada do contrato. Apesar disso, a doutrina entende que não há impedimento

[184] Ibid.
[185] Ibid.
[186] BRASIL, op. cit., nota 12.
[187] CASSETARI, op. cit., p. 68-69.
[188] BRASIL, op. cit., nota 2.

para que as partes tratem da multa para instituí-la depois da retirada do inquilino[189], que firmem aditivo contratual com objetivo de acordar o seu cumprimento ou, ainda, que o locador opte por liberá-la completamente depois de cumprido determinado período, como é comum na locação residencial[190].

Há considerável divergência da doutrina com relação à multa em questão. Para Nagib Slaib Filho e Navarro de Sá[191], sua estipulação pelo magistrado, nos casos de contratos omissos, trata-se de indenização que nem sempre terá como parâmetro o prazo remanescente do cumprimento do contrato, uma vez que deverão ser consideradas outras circunstâncias.

Um dos exemplos citados pelo mencionado doutrinador é a hipótese na qual o imóvel seja alugado novamente pelo locador no curso do prazo previsto no contrato do qual se pretende cobrar a multa[192]. Nessa linha, a nova ocupação do imóvel impede a ocorrência de parte do dano decorrente da desocupação, de modo que o cálculo da multa prevista na parte final do art. 4º da Lei de Locações[193] apenas poderia considerar o período entre a desocupação pelo primeiro inquilino e o ingresso do segundo, se ocorrer em momento anterior ao prazo previsto no contrato firmado com o primeiro.

Ao entender assim, Slaibi Filho[194] defende que a análise da cláusula penal decorrente da resilição do contrato pelo locatário, além da evidente função de pré-avaliação que permite a substitutividade da obrigação pela multa, tem como parâmetro do dano pré-avaliado o efetivo tempo no qual o imóvel permaneceu vazio, isto é, sem gerar proveito econômico em favor do locador. Nesse liame e segundo a mencionada obra[195], a multa estipulada pelo magistrado deverá ser reduzida em caso de ocupação do imóvel por outro locatário como forma de aplicação do controle judicial previsto no art. 413 do Código Civil[196].

Outro exemplo citado por Nagib Slaib Filho[197] como circunstância capaz de influenciar na estipulação judicial da multa prevista no art. 4º da Lei de Locações[198] é a incidência de fato que, por sua natureza, ensejasse a revisão do valor da locação, o que seria válido caso o contrato por prazo determinado tivesse sido cumprido por pelo menos três anos, na forma do art. 19 do mesmo diploma legal[199]. Em todo caso, tal autor[200] defende a posição

---

[189] SLAIBI FILHO; SÁ, op. cit., p. 75.
[190] SCAVONE (Org.), op. cit., p. 17.
[191] SLAIBI FILHO; SÁ, op. cit., p. 75.
[192] Ibid.
[193] BRASIL, op. cit., nota 2.
[194] SLAIBI FILHO; SÁ, op. cit., p. 75.
[195] Ibid.
[196] BRASIL, op. cit., nota 12.
[197] SLAIBI FILHO, op. cit., p. 75.
[198] BRASIL, op. cit., nota 2.
[199] Ibid.

de que a estipulação judicial da multa em comento se trata de ação de perdas e danos a justificar a incidência do art. 402 do Código Civil[201], logo, encarada pelo magistrado como lucros cessantes.

Silvio de Salvo Venosa[202] oferece outra contribuição para o tema. Segundo ele[203], a referência ao vocábulo "multa" no art. 4º da Lei de Locações[204] foi empregado para evitar mal-entendidos, porém, não deve ser entendida como uma multa por descumprimento contratual, mas como uma compensação pela rescisão antecipada e injustificada do contrato. Nesse liame, Venosa[205] concorda com o Nagib Slaib Filho no sentido de que a estipulação judicial da multa prevista no art. 4º da Lei de Locações é uma ação por perdas em danos que, inclusive, permite ao magistrado que se atenha à natureza do contrato, ao vulto e ao valor, sendo vedado o uso de parâmetros "completamente aleatórios ao contrato"[206].

Apesar disso, Venosa[207] esclarece que a proporcionalidade da referida multa leva em consideração apenas o prazo de cumprimento do contrato em vigor. Isso quer dizer que, se as partes tiverem contratos de locação por prazo determinado sucessivos, os períodos dos pactos anteriores não poderão ser considerados pelo locatário como parâmetro para o cálculo aritmético da porporcionalidade de cumprimento do contrato.

Outro ponto abordado na obra de Venosa[208] é que pode o locatário provocar o Poder Judiciário para consignar as chaves em juízo, assim como depositar a multa. Nesse caso, o depósito judicial do valor equivalente à multa em comento poderá ser feito já considerado o cálculo proporcional previsto no art. 4º da Lei de Locações[209]. Inclusive, recomenda-se ao autor da demanda que requeira a possibilidade de complemetação no curso da ação, uma vez que existem casos em que o valor não será de fácil mensuração[210].

Ao comentar sobre a possibilidade da provocação da tutela jurisdicional com objetivo de consignar as chaves em juízo, Venosa[211] afirma que "só existe uma condição para a rescisão unilateral do contrato pelo locatário: o pagamento da multa; não vale a cláusula que condiciona essa rescisão a um aviso-prévio, com prazo determinado". Embora as posições

---

[200] SLAIB FILHO, op. cit., p. 75.
[201] Ibidem, op. cit., p. 75-76.
[202] VENOSA, op. cit., p. 48-49.
[203] Ibid.
[204] BRASIL, op. cit., nota 2.
[205] VENOSA, op. cit., p. 48-49.
[206] Ibid.
[207] Ibid., p. 51.
[208] Ibid., p. 52.
[209] BRASIL, op. cit., nota 2.
[210] VENOSA, op. cit., p. 52.
[211] Ibid.

adotadas pela doutrina quanto às cláusulas penais sejam consideravelmente distintas com relação às funções, nomenclaturas e até mesmo a funcionalidade do sistema, como visto no capítulo anterior, a assertiva de Venosa[212] está em acordo com tudo o que foi exposto até o presente momento, uma vez que a cláusula penal impõe uma penalidade, pré-avalia danos e/ou reforça a obrigação principal, e não pode servir como justificativa ao locador para obstar a entrega das chaves que o próprio art 4º da Lei de Locações[213] assim autoriza, direito esse que é reconhecidamente potestativo, uma faculdade do locatário[214].

Contudo, deve-se observar que a citação acima transcrita, presente na obra de Venosa[215], considera o uso abusivo da cláusula penal sob a ótica da consignação das chaves do imóvel locado em juízo, demanda que apenas se justifica se houver recusa do locador a recebê-las e, consequentemente, a reconhecer o exercício do direito previsto no art. 4º da Lei de Locações[216]. Igualmente se atente que o referenciado autor[217] faz indicação de precedente judicial e de outro texto, identificado por "RJTAMG 23/116, in Theotônio Negrão, 1991: nota 8 ao art. 3º da lei anterior", o qual não pôde ser localizado. A observação importa para evitar que o trecho seja lido sem o devido cuidado que, então, poderia ensejar entendimento do autor no sentido de que a cláusula que institui o dever de aviso prévio seria inválida desde que firmado o contrato, o que não parece ser o caso.

O mesmo trecho da obra de Venosa[218] foi utilizado para justificar duas decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: o agravo de instrumento n° 0062384-82.2012.8.26.0000[219], no qual se indeferiu a tutela antecipada requerida com objetivo de justificar a recusa no recebimento das chaves em razão de danos no imóvel; e da apelação com revisão nº 903.765-0/7[220], caso no qual as partes não convencionaram a multa

---

[212] VENOSA, op. cit., p. 52.
[213] BRASIL, op. cit., nota 2.
[214] SOUZA, op. cit., p. 44.
[215] VENOSA, op. cit., p. 52.
[216] BRASIL, op. cit., nota 2.
[217] VENOSA, op. cit., p. 52.
[218] Ibid.
[219] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n° 0062384-82.2012.8.26.0000.* Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5869288&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_52cc3f0c57cb40dba44f1a7c0ca4a952&g-recaptcharesponse=03AGdBq26XqMp7q6bFKwi5SmPwAx4xYNxdW90BPXUmMItg36KaJYuhjYEogT9PcztNbuPv9oUSPVNjvh0B7IRj6G3kcHBbJqhAlyf_HoyS1a7mHv1dr90cI7BBFrLGV8tasa5f39tjokQXvOORTBjxEXY55e1rbLBe2GpGP40q2pn2mF1HenavORHOgfKhR5y_NVqRXV3ACYxLdvlDp5sZlwYAkbtAn0WsTeuBiQkqz7_VKxuFFLAlZ0IxU1CMeY5Y1fjyJuB6KOw3jgEAWtFLgiRG1zLhuFHkMu5D06YaMmVY764bBkAaLsaHlUy6wHCuElpcR_dbgNBfmb4sSkXy3bMQI8nOnzvC4ED4KB6Z8BfskWPre1S7d6JMJ5SdsFaMKv8qoGcnFL8uLRm7OxL5DTScrO3qEFSYMx9AfZtb9IF8IbA49qDZZvik-2XvV7-8J45XXsXBK5lRdGU0KVnZz8vv9nbjF9Nk598cYyR5S6Wph0YD-zj383FBUMJuz_kI6eABFuoc54LFye9ddR_oM35e8PgThw>. Acesso em: 14 dez. 2020.
[220] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação com revisão nº 903.765-0/7.* Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2336996&cdForo=0>. Acesso em: 14 dez. 2020.

do art. 4º da Lei de Locações. Nesse último, o demandante presumiu que a rescisão apenas poderia ocorrer mediante notificação judicial, tendo a 32ª Câmara da Seção de Direito Privado de São Paulo discordado.

Isso corrobora que o trecho em questão[221] se reporta à impossibilidade de se valer de cláusulas penais ou da necessidade de reparação de danos do imóvel como justificativa apta a impossibilitar a rescisão antecipada do contrato, o que também é comentado por outros autores na abordagem do art. 4º da Lei de Locações[222], como consta adiante neste mesmo tópico. Aliás, cabe ressaltar que tanto a cláusula penal não pode impedir a rescisão, como é justamente esse o pressuposto que justifica sua aplicação, no caso do art. 4º da Lei de Locações e ainda serve como marco temporal para o cálculo.

Outrossim, não foi localizada qualquer anotação ou entendimento dele, Venosa[223], no sentido de ser impossível a instituição da cláusula que prevê o aviso prévio à resilição, caso adequadamente empregada, matéria que será objeto do estudo no capítulo seguinte. Contudo, caso eventualmente tal autor venha a discordar desse posicionamento, respeitosamente se diverge em razão dos fundamentos já expostos, mormente quanto à função e natureza jurídica da cláusula penal prevista no art. 4º da Lei de Locações e quanto ao caráter potestativo do direito à resilição pelo locatário, o que igualmente consta adiante.

Continuando sobre a contribuição do referido autor para o tema[224], a multa deverá sofrer atualização monetária até a distribuição da demanda e, depois desse evento, incidirá atualização da Lei nº 6.899/91[225], a qual determina a correção monetária dos débitos discutidos na esfera judicial, o que revela divergência com a corrente doutrinária que entende pela impossibilidade de correção monetária da cláusula penal de modalidade compensatória, abordada no capítulo anterior. Como diz Venosa[226], em última análise, a correção monetária deverá ser aplicada desde o vencimento.

Por sua vez, Scavone[227] analisa a Jurisprudência e defende que, no caso de omissão do contrato e consequente provocação da tutela jurisdicional, o mercado adota como praxe o montante de três alugueis como parâmetro para o cálculo proporcional. Além disso, expõe-se[228] que o locador não pode se opor ao recebimento das chaves, sendo possível ao locatário

---

[221] VENOSA, op. cit., p. 52.
[222] BRASIL, op. cit., nota 2.
[223] VENOSA, op. cit., p. 52.
[224] Ibid.
[225] BRASIL. Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6899.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.
[226] VENOSA, op. cit., p. 52.
[227] SCAVONE JUNIOR (Coord.), op. cit., p. 16.
[228] Ibid.

promover ação consignatória que pretenda depositar as chaves em juízo na mesma demanda em que pretender discutir a fixação e cobrança da multa prevista no art. 4º da Lei de Locações[229].

Não podendo se opor ao recebimento das chaves, sob pena de tornar cabível a mencionada ação consignatória, fica claro que a possibilidade de resilição do contrato é direito potestativo do locatário, ainda que o exercício desse direito importe no pagamento em multa. Nesse sentido, há inclusive manifestação do Superior Tribunal de Justiça[230] [231], do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[232] [233], bem como do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro[234] todos em representação da expressividade da jurisprudência emanada dos tribunais mencionados[235].

Quanto ao parágrafo único do art. 4º da Lei de Locações[236], expõe Venosa[237] que o legislador pretendeu proteger o locatário residencial ao exonerá-lo do pagamento da multa em caso de mudança, no curso da locação, do local de prestação de serviços. Como assevera Sylvio Capanema de Souza[238], trata-se de mais uma disposição do legislador no sentido de proteger o locatário. Isso, desde que ele notifique o locador com antecedência mínima de trinta dias.

---

[229] BRASIL, op. cit., nota 2.
[230] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 883.288*. Relator: Min. Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201600657588&dt_publicacao=23/05/2017> . Acesso em: 14 mai. 2020.
[231] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1617757*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=89118295&registro_numero=201601993047&peticao_numero=201800377461&publicacao_data=20181025&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2020.
[232] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível nº 1000038-44.2018.8.26.0590.* Relatora: Des. Carmen Lucia da Silva. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13518908&cdForo=0>. Acesso em: 14 mai. 2020.
[233] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2014164-38.2020.8.26.0000.* Relator: Des. Marcos Ramos. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13464252&cdForo=0>. Acesso em: 14 mai. 2020.
[234] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0011209-98.2018.8.19.0205*. Relator: Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos. Disponível em: < http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045BF6A11985E0131A6180F47999F39C2AC50C0405374D>. Acesso em: 14 mai. 2020.
[235] Poucos casos foram referenciados, como forma otimizar a redação. Contudo, em ambos os casos do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, este aplica sua jurisprudência no sentido de que a entrega das chaves é forma de efetivação da resilição da locação e representa direito potestativo do locatário, o qual poderá ser exercido mesmo diante de cláusula contratual limitadora que diga o oposto. Tal é a natureza do direito potestativo, que representa uma mera sujeição da outra parte.
[236] BRASIL, op. cit., nota 2.
[237] VENOSA, op. cit., p. 18.
[238] SOUZA, op. cit., p. 48.

Quanto à notificação, Venosa[239] sustenta que, em cumprimento à boa-fé, o locatário deverá apresentar prova inequívoca da transferência. O dito autor[240] igualmente defende, mediante análise da jurisprudência, por se tratar de exceção à regra geral prevista no art. 4º da Lei de Locações[241], que o parágrafo único[242] do mencioando dispositivo legal deve ser interpretado restritivamente.

Ao comentar o parágrafo único do art. 4º da Lei de Locações[243], Capanema[244] sustenta que sua redação seria dispensável, uma vez que o mesmo efeito jurídico ocorreria na ocasião da apreciação do caso concreto. Nas palavras do autor[245]:

> Sendo a multa uma pena, ainda que de natureza econômica, só será aplicável em havendo culpa.
> No parágrafo único do art. 4º alinham-se hipóteses de desocupação que independem da vontade do locatário, não lhe sendo imputáveis, constituindo-se circunstância de força maio, que afastam a incidência da cláusula penal.

Assim como Venosa[246], Capanema[247] defende que cabe ao locatário a produção de prova inequívoca da transferência. Este autor[248] inclusive defende que a liberação da cobrança, definida no parágrafo único do art. 4º da Lei de Locações[249], depende de causa definitiva. Isso porque a realização de serviços esporádicos, como a substituição de um colega em férias, ou doente, para retornar, em momento posterior quando cessadas essas causas, não trará desvínculo do local de trabalho com a definitividade suficientemente necessária para afastar a multa.

Capanema[250] também contribui para o tema ao esclarecer que eventual cláusula contratual que pretendesse impedir que o locatário pudesse se valer do parágrafo único do art. 4º da Lei de Locações[251] seria nula por ferir os objetivos da lei. Raciocínio que reflete a posição de Scavone Junior[252] quanto à impossibilidade de convenção das partes no sentido de

---

[239] VENOSA, op. cit., p. 18.
[240] Ibid.
[241] BRASIL, op. cit., nota 2.
[242] Ibid.
[243] Ibid.
[244] SOUZA, op. cit., p. 48.
[245] Ibid.
[246] VENOSA, op. cit. , p. 18.
[247] SOUZA, op. cit., p. 48.
[248] Ibid.
[249] BRASIL, op. cit., nota 2.
[250] SOUZA, op. cit., p. 50.
[251] BRASIL, op. cit., nota 2.
[252] SCAVONE JUNIOR (coord.), op. cit., p. 15.

afastar completamente a multa contratual prevista na cabeça do referido dispositivo, em razão do art. 45 da Lei de Locações[253].

Dessa forma, é possível notar, quanto à cobrança da cláusula penal prevista no art. 4º da Lei de Locações[254] , que o legislador ora se posicionou em favor do locatário e ora em favor do locador. Ao passo em que a lei prevê a incidência da cláusula penal mesmo na omissão dos contratantes e cria mais um incentivo ao cumprimento do pacto locativo, quer evitar que essa medida pudesse ensejar situação demasiadamente rígida e injusta. Assim, o fato de o legislador ter optado pela redação do parágrafo único do art. 4º da Lei de Locações revela não apenas a necessidade de regulamentação de um prazo razoável para o locatário evitar a cobrança da multa em comento, mas também a intenção de promover o equilíbrio entre os contratantes.

Nesse liame, é possível citar também as observações de Capanema[255], no sentido de, salvo a hipótese dos contratos de locação *built to suit* em razão da expressa previsão do art. 4º da Lei de Locações[256], ser vedada a estipulação de multa correspondente à totalidade dos aluguéis vincendos. Assim se defende por que a intenção do legislador é mitigar as perdas econômicas do locatário[257], de modo que a estipulação da multa em tal patamar ofenderia o art. 45 da Lei de Locações[258].

Justamente quanto ao mencionado equilíbrio, decorrente da aplicação conjunta da multa prevista no art. 4º da Lei de Locações[259] com o art. 45 do mesmo diploma legal, sustenta Capanema[260] que, como a multa tem caráter reparatório, nem pode funcionar como fator que venha a inibir a faculdade do locatário de restituir o imóvel, nem como instrumento de enriquecimento ilícito. A percepção do enriquecimento ilícito na estipulação e na aplicação do art. 4º da Lei de Locações[261] demonstra, desde já, importância para o objetivo proposto por este trabalho por permitir avaliação dos efeitos que, porventura, possam decorrer da aplicação cumulativa das cláusulas penais em cotejo.

Ainda sobre a obra de Sylvio Capanema de Souza[262], o doutrinador afirma que o legislador fez bem em não estipular um valor certo para a multa porque, dependendo do

[253] BRASIL, op. cit., nota 2.
[254] Ibid.
[255] SOUZA, op. cit., p. 45.
[256] BRASIL, op. cit., nota 2.
[257] SOUZA, op. cit., p. 45.
[258] Ibid.
[259] BRASIL, op. cit., nota 2.
[260] SOUZA, op. cit., p. 45.
[261] BRASIL, op. cit., nota 2.
[262] SOUZA, op. cit., p. 46.

momento de cumprimento do contrato, a mesma estipulação poderia se tornar excessiva ou irrisória. Para exemplificar[263], se o legislador tivesse criado um critério fixo, como exemplo 20% (vinte por cento) dos alguéis vencidos, a multa seria excessiva se a devolução ocorresse próxima ao fim do contato e, caso o imóvel fosse devolvido já no primeiro mês, a multa seria irrisória.

Tratando-se de cobrança judicial da multa prevista no art. 4º da Lei de Locações[264], tanto a hipótese da multa prevista pelo contrato quanto à que for estipulada a requerimento de pelo menos uma das partes, deverá ocorrer controle pelo magistrado. No caso da multa omissa no contrato, o magistrado deverá considerar o seu prudente arbítrio[265], e com base nos já mencionados critérios como a natureza do contrato, o vulto e o valor[266]. Para o caso da multa prevista, deverá o magistrado reduzi-la, caso se tornar excessivamente onerosa, consoante art. 413 do Código Civil[267].

Não se deve confundir a aplicação do art. 413 do Código Civil[268] com a regra de proporcionalidade prevista no caput do art. 4º da Lei de Locações[269]. O art. 413 do Código Civil[270] incide para reduzir o valor instituído pelas partes a título multa, o que apenas seria cobrado integralmente caso restituído o imóvel sem que tivesse decorrido único dia do prazo previsto para a locação. Por outro lado, a proporcionalidade do art. 4º da Lei de Locações incidirá sobre o valor que o instrumento contratual indicar para multa, com o fim de reduzi-lo na mesma proporção da efetiva ocupação do imóvel.

Uma explicação se faz necessária: havia, antes da Lei nº 12.744/12[271] que alterou o art. 4º da Lei de Locações[272] para expressamente prever a vinculação da multa pactuada à proporcionalidade do cumprimento do contrato, entendimento da doutrina no sentido diverso ao exposto acima. O Enunciado nº 357, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal[273], proposto por Flávio Tartuce, foi aprovado para estabelecer que o art. 413 seria o dispositivo legal a complementar a aplicação do art. 4º da Lei de Locações[274].

---

[263] Ibid.
[264] BRASIL, op. cit., nota 2.
[265] SOUZA, op. cit., p. 46.
[266] VENOSA, op. cit., p. 48-49.
[267] BRASIL, op. cit., nota 12.
[268] Ibid.
[269] BRASIL, op. cit., nota 2.
[270] Ibid.
[271] BRASIL, op. cit., nota 4.
[272] BRASIL, op. cit., nota 2.
[273] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar (Org.). *IV Jornada de Direito Civil,* V. I. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, p. 45 e p. 273-275.
[274] BRASIL, op. cit., nota 2.

Na época de aprovação do enunciado, em 2007, o art. 4º da Lei de Locações[275] fazia referência ao art. 924 do Código Civil de 1916, dispositivo equivalente ao art. 413 do Código Civil[276] em vigor, o que justificou a aprovação do aludido enunciado[277], mormente para prevalecer o dever do magistrado de proceder ao controle judicial da multa, insculpido no mencionado art. 413, em vez da mera possibilidade prevista no art. 572 feita por um enunciado anterior, ambos dos Código Civil[278].

Contudo, tendo sido a opção legislativa pela proporcionalidade, na forma da atual redação do art. 4º pela Lei nº 12.744/12[279], fica esvaziado o argumento de equiparação com o código revogado com relação ao parâmetro que observa a parcela do prazo cumprida pelo locatário. Isso notadamente não impede a incidência do art. 413 do Código Civil[280] sobre o valor da multa instituída pelas partes. Justamente nesse sentido é toda a doutrina comentada até então, na abordagem da atual redação do art. 4º da Lei de Locações.

Assim, se as partes estipularem o valor da multa pela rescisão antecipada do contrato de locação residencial no equivalente a 50 (cinquenta) vezes o valor do aluguel vigente, e o contrato tiver sido cumprido até a metade do prazo, então a incidência do critério proporcional levaria a multa a 25 (vinte e cinco) vezes tal valor. Ocorre que ainda assim essa estipulação seria abusiva, uma vez que superior a mais de dois anos da locação, sendo necessária aplicação do art. 413 do Código Civil[281] para reduzir o parâmetro da multa instituída pelas partes, isto é, 50 (cinquenta) vezes o valor da locação vigente, para um patamar mais aceitável, como se verá adiante, em seção própria.

Nagib Slaib Filho e Navarro de Sá[282] defendem que, não havendo consenso entre as partes, a multa poderá ser fixada pelo magistrado mediante aplicação do critério da equidade, com referência ao art. 944 do Código Civil[283], isto é, ao parágrafo único que assim permite. Os mesmos autores[284] também sugerem aplicação do art. 413 do Código Civil na consideração do magistrado, de modo a adequar a multa decorrente de sentença judicial a outras circunstâncias que poderão ocorrer, como o imóvel ser alugado novamente – o que removeria do cálculo da multa o período de ocupação pelo novo locatário. Na visão deles,

---

[275] Ibid.
[276] BRASIL, op. cit., nota 12.
[277] AGUIAR JUNIOR (Org.), op. cit., p. 45 e p. 273-275.
[278] BRASIL, op. cit., nota 12.
[279] BRASIL, op. cit., nota 4.
[280] BRASIL, op. cit., nota 12.
[281] Ibid.
[282] SLAIB FILHO; SÁ, op. cit., p. 75.
[283] BRASIL, op. cit., nota 12.
[284] SLAIB FILHO; SÁ, op. cit., p. 75.

Slaib e Navarro de Sá[285], é possível inclusive estipulação de tal valor por equidade a autorizar o magistrado a afastar o princípio da legalidade na ordem de encontrar a solução mais adequada para o caso concreto, o que deve se dar por decisão fundamentada.

Nesse caso, o parâmetro de prazo descumprido pelo locatário deverá ser reajustado de modo a adequar a multa à realidade fática. Isso significa que, no exemplo acima mencionado, caso depois de 12 (doze) meses da retirada do inquilino, o locatário tivesse sucesso em alugar novamente o imóvel, então a multa de 50 (cinquenta) vezes o valor do aluguel vigente deveria ser calculada considerando a proporcionalidade do que esses 12 (doze) meses representem diante do prazo contratado. Seguindo esse parâmetro, em um contrato com prazo de 60 (sessenta) meses, a parcela descumprida representa o equivalente à quinta parte, isto é, 10 (dez) alugueis.

Como, ainda assim, provavelmente a cobrança seria considerada abusiva por representar quase um ano de locação de imóvel utilizado como residência, aplicar-se-à o art. 413 do Código Civil[286] sobre o próprio parâmetro de cobrança da cláusula. Assim, o magistrado poderia realizar o controle judicial para fixar três vezes o valor do aluguel vigente, conforme entende a jurisprudência[287].

[285] Ibid., p. 74-75.
[286] Ibid.
[287] SCAVONE JUNIOR (Coord.), op. cit., p. 16.

3. A CLÁUSULA PENAL QUE EXIGE AVISO PRÉVIO À RESILIÇÃO

Há pouca, senão nenhuma, abordagem dessa cláusula penal pela doutrina. Tampouco há disposição legal que a regule especificadamente, já que decorre de um costume negocial das partes no exercício da liberdade negocial, com exceção ao Direito do Trabalho que incorporou o instituto em especial para as situações de resilição do contrato de trabalho[288].

Como é costumeiro, as partes interessadas em contratar se valem da ausência de proibição para exercer a autonomia privada, na forma do art. 5º, II da Constituição Federal[289] para, então, inserir a clásula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio. Em síntese, essa cláusula penal pode ser traduzida pela obrigação contratual do locatário de avisar ao locador quando decidir resilir o contrato, devendo aquele cumprir o período convencionado sob pena de arcar com o equivalente. Isto é, sob pena de arcar com o valor da locação e dos encargos contratuais pelo período do aviso prévio inadimplido.

Ao trazer uma obrigação nova e não essencial para a formação do contrato de locação, isto é, a de avisar antes de resilir o contrato, a cláusula em comento fica adjeta a essa obrigação de modo a constituir a obrigação especial prevista no art. 409, parte final, do Código Civil[290]. Portanto, seu primeiro parâmetro de estudo e controle deve ser a própria obrigação à qual está adjeta, em razão da acessoriedade característica das cláusulas penais, sem prejuízo da comparação com a obrigação principal quando cabível.

Como defende Rosenvald[291], os artigos 408 a 416 do Código Civil[292] se aplicam a todas as cláusuas penais, contudo, alguns dispositivos como o art. 412 e a primeira parte do art. 413 só tem incidência sobre a cláusula de pré-fixação de perdas e danos, enquanto a regra do art. 416 tem cabimento exclusivamente para a cláusula penal com caráter coercitivo. A cláusula que Rosenvald[293] denomina cláusula penal em sentido estrito tem o escopo de coercitivamente impelir o devedor ao cumprimento da obrigação principal; portanto, equivale à natureza punitiva, seguindo a classificação adotada por Christiano Cassetari[294] e por Rubens Limongi França[295] e mencionada por outros autores, como Keleti[296] ao longo de seu trabalho.

---

[288] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2011, p. 1.119.
[289] BRASIL, op. cit., nota 1.
[290] BRASIL, op. cit., nota 12.
[291] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. 2ª ed. Indaituba/SP: Foco, 2020, p. 107.
[292] BRASIL, op. cit., nota 12.
[293] ROSENVALD, 2020, op. cit., p. 107.
[294] CASSETARI, op. cit., p. 52.
[295] FRANÇA, op. cit.,.
[296] KELETI, op. cit.

Há de se observar a natureza jurídica da penalidade contratual decorrente da inobservância do dever de cumprir o período de aviso prévio, em vias de conhecer o regramento jurídico aplicável.

3.1. Natureza jurídica e modalidade da cláusula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio

Haja vista que não foram localizados textos de Direito Civil com aprofundamento específico da cláusula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio, buscou-se a visão que tem o Direito do Trabalho sobre o instituto. Maurício Godinho Delgado[297] define-o como um instituto de natureza multidimensional, com objetivo de declarar à parte adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos de encerrar o contrato sem justa causa, com especificação de prazo para a extinção.

Para o Direito do Trabalho, o aviso prévio cumpre a tríplice função de declaração, prazo e pagamento[298], também denominada "comunicação, tempo e pagamento" segundo Amauri Mascaro Nascimento[299]. Essa classificação justifica a concepção da natureza jurídica do aviso prévio trabalhista como típlice ou mutidimensional, tal como sustenta Maurício Godinho Delgado[300]. Isso significa que a obrigação em questão exige a comunicação prévia à parte contrária, prazo para efetivo encerramento do vínculo e o pagamento do respectivo período de aviso, seja por meio do trabalho, seja por meio de indenização[301].

O mencionado autor ensina que o período de aviso prévio prestado em trabalho tem natureza salarial, enquanto o inadimplemento, que é o ponto em comum com o presente trabalho, tem natureza indenizatória[302]. Além disso, serve como mecanismo atenuador do impacto da resilição[303], uma vez que confere à parte prazo para que possa se precaver, isto é, agir, diante da ruptura do contrato.

Isso mostra a profunda identidade entre o instituto trabalhista e a cláusula penal pelo descumprimento do aviso prévio ora objeto deste estudo, uma vez que preveem o mesmo cenário de ruptura contratual e o dever do locatário avisar à parte adversa, no caso o locador,

---

[297] DELGADO, op. cit., p. 1.119.
[298] Ibid., p. 1.120.
[299] NASCIMENTO apud ibid.
[300] DELGADO, op. cit., p. 1.120.
[301] Ibid.
[302] Ibid.
[303] Ibid., p. 1.119.

para que este possa tomar as precauções necessárias ante ao rompimento do vínculo, sob pena de ter de pagar o equivalente ao que receberia no período não avisado.

Retomando os autores com especialidade em Direito Civil e o estudo das cláusulas penais de forma generalizada, apesar de a classificação adotada por Rosenvald[304] observar duas naturezas da cláusula penal, como visto acima, ao abordar sua eficácia, o autor aponta para o abandono da análise da dupla função em direção a uma modelagem plural da cláusula penal. Ou seja, deixar de considerá-la ora coercitiva, ora de pré-avaliação. Isso em muito se aproxima das observações anteriormente atribuídas a Christiano Cassetari[305] no presente trabalho, especialmente quanto à natureza eclética como amálgama das características de reforço e de pré-avaliação, bem como da necessidade de se analisar o instituto em acordo com o caso concreto.

A obra de Rosenvald[306] inclusive concorda com as observações abordadas no capítulo anterior, no sentido de que as multas contratuais têm sempre objetivo de reforço da obrigação principal. Isso tem cabimento para a cláusula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio, uma vez que implementada também com objetivo de que o locatário cumpra com a avença pactuada, e pelo prazo previsto.

A distinção da natureza jurídica da cláusula penal pelo descumprimento do aviso prévio também se faz necessária, uma vez que, ao contrário da cláusula decorrente da resilição contratual prevista no art. 4º da Lei de Locações[307], não há previsão expressa de sua cobrança em acordo com a proporcionalidade do cumprimento da obrigação principal. Por se tratar de cláusula penal, segundo entendimento de Rosenvald[308], caso considerada essencialmente coercitiva, isto é, cláusula penal em sentido estrito, a multa poderia ser cobrada sem qualquer conotação de indenização, de modo que "o sistema autorizará (facultará) o credor a sancionar o comportamento faltoso do devedor pela exigência de prestação que lhe proporcionará benefício econômico superior ao da obrigação".

Apesar disso, não é essa a natureza que mais se sobressai na cláusula que ora se submete à análise, já que o resultado prático do inadimplemento do devedor é, salvo hipótese de redução judicial com fundamento no art. 413 do Código Civil[309], o mesmo do adimplemento, qual seja, obter do locatário o equivalente aos rendimentos que receberia o locador caso o imóvel tivesse ocupado durante o período do aviso prévio.

---

[304] ROSENVALD, 2020, op. cit., p. 107.
[305] CASSETARI, op. cit., p. 52 e 68.
[306] ROSENVALD, 2020, op. cit., p. 107.
[307] BRASIL, op. cit., nota 12.
[308] ROSENVALD, 2020, op. cit., p. 110.
[309] BRASIL, op. cit., nota 12.

Isso significa que tanto há noção de dano prevista no contrato, quanto há pré-avaliação de sua extensão, representada pelo período de atencedência no qual o locatário se obrigou a avisar o locador. Nesse liame, a cláusula penal que imputa o inadimplemento do aviso prévio transfere ao locatário o risco decorrente da desocupação do imóvel por determinado período de tempo, em razão de um dever jurídico criado pelo contrato que se cumpre pela notícia prévia e tempestiva da resilição.

Evidente, assim, que a cláusula penal decorrente do inadimplemento do aviso prévio automaticamente prevê o valor da indenização a ser paga pelo locatário, de modo que sua essência deve ser identificada como de pré-avaliação dos danos em favor do locador, na classificação de Cassetari e Rubens Limongi França[310], já abordada. Isso afasta a possibilidade de prevalência da essência de penalidade, cláusula penal em sentido estrito ou pura, de acordo com as classificações doutrinárias abordadas anteriormente.

Resta saber se a cláusula penal pelo descumprimento do aviso prévio seria de modalidade moratória ou compensatória. Evidente que a cláusula em comento não pode ser exigida em conjunto com a obrigação principal, tendo em vista que o cenário fático previsto para a sua aplicação é justamente a resilição contratual sem o aviso tempestivo. Aliás, ela é exigida justamente porque não pôde o credor se valer do tempo garantido pelo devedor no contrato para reorganizar seus recursos e empreender os esforços necessários; e de praxe, para conseguir um novo locatário, ou seja, uma cláusula também de não surpresa.

De acordo com o estudo de Keleti[311] quanto aos autores J. M. de Carvalho Santos, Múcio Continentino, Clóvis Beviláqua e Maria Helena Diniz, especialmente esta[312], a cláusula penal moratória se refere apenas à mora, enquanto a cláusula penal compensatória se aplica ao caso de inexecução de alguma cláusula especial, de modo que a cláusula pelo descumprimento do aviso prévio automaticamente deverá ser considerada, quanto à modalidade, compensatória. Como mencionado nas seções anteriores, Christiano Cassetari[313] posiciona as obras de Whasington de Barros Monteiro e de Silvio de Salvo Venosa na mesma linha, o que mostra que relevante parte da doutrina entende que a cláusula penal especial enseja multa compensatória.

Ainda sob a ótica do estudo de Christiano Cassetari[314] ao estudar a obra de Arnoldo Wald, a cláusula penal pelo descumprimento do aviso prévio é moratória por se tratar de

[310] CASSETARI, op. cit., p. 52; FRANÇA, op. cit., p. 142.
[311] KELETI, op. cit., p. 62.
[312] DINIZ apud KELETI, op. cit., p. 62.
[313] CASSETARI, op. cit., p. 66.
[314] Ibid., p. 65.

infração contratual na qual se opera a substituição das perdas e danos representadas pelo período equivalente ao qual o imóvel ficou vazio, obrigação imputável ao locatário em razão da assunção da obrigação contratual de avisar com antecedência.

Cassetari[315] também estuda Caio Mário da Silva para descrever o critério de inexecução fora do prazo avençado, de modo que seria moratória se descumprida a destempo e compensatória se descumprida integralmente. Esse parâmetro não encontra aplicabilidade para a cláusula em comento porque o efeito do descumprimento a destempo nessa cláusula penal não é a possibilidade de exigência em acordo com o principal, mas a sua própria diminuição equitativa. Caso contrário, a natureza de pré-avaliação da cláusula seria completamente ignorada.

Em vias de melhor representar a questão, aborda-se um exemplo hipotético. Para o caso em que as partes tenham previsto cláusula de exigência de aviso prévio com três meses da resilição, sob pena de o locatário arcar com o valor equivalente ao aluguel e encargos contratuiais desse período. Ora, se o locatário avisar com apenas um mês de antecedência, ao contrário dos três meses previstos no contrato, ocorrerá inadimplemento parcial da obrigação contratual.

Com relação ao uso do termo "inadimplemento parcial", acima exposto, a explicação exige maior aprofundamento. Como defende João da Gama Cerqueira[316] ao tratar da redução proporcional da multa em contratos de locação, considerar uma obrigação contratual cumprida corretamente durante certo lapsto temporal como cumprimento parcial é incorreto, porque o Código Civil não considera o elemento temporal ao dispor sobre o cumprimento parcial da obrigação.

Desse modo, o inadimplemento parcial não deve ser confundido com o adimplemento que alcança determinado período de tempo. Segundo o mencionado autor[317], a diferença repousa sobre o fato de que a obrigação pode ser cumprida ou não por completo durante o um período, como é o caso dos alugueis pagos adequadamente no primeiro ano de um pacto locativo com duração de cinco anos, o que não deve ser confundido com a obrigação inteira que se cumpriu parcialmente, como é o caso do empreteiro que inicia a construção de um prédio, mas não o termina.

---

[315] Ibid.
[316] CERQUEIRA, João da Gama. A redução proporcional da multa nos contratos de locação. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, *Revista dos Tribunais Online*, V. II, 2011, p. 1.183-1.187. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document#>. Acesso mediante senha em: 26 mai. 2020.
[317] Ibid.

No caso do exemplo em que o aviso prévio da cláusula penal foi cumprido por apenas um mês, não é mais possível reaver o cumprimento do período de dois meses. Ou seja, representa, na concepção mais aprofundada de Cerqueira[318], inadimplemento total descumprido por dois meses. Como não há disposição contratual nem atitude das partes que as permitam voltar no tempo para adequar o cumprimento, a única alternativa é executar a cláusula naquilo que ela já dispõe, sem perder a essência de pré-avaliação, isto é, o pagamento do período equivalente ao inadimplemento. No exemplo, os dois meses que não foram avisados com antecedência pelo locatário.

Ainda quanto ao exemplo citado, se fosse plausível cobrar além do valor equivalente ao perído adimplido, se teria um excesso. Cobrar-se-ia mais do que o equivalente ao período ao qual se obrigou o locatário a avisar ao locador, característica que seria possível apenas se a natureza jurídica da cláusula em comento fosse coercitiva[319], o que não é o caso.

Por outro lado, cobrar menos representaria mitigação da cláusula penal e do risco nela previsto em desfavor do locatário, que não poderia converter a surpresa e o tempo no qual não pôde agir, equivalente aos dois meses no exemplo, para suprir o seu dano. Essa situação seria injusta por não atribuir responsabilidade a quem teve culpa ao passo que privilegiaria o locatário, parte que descumpriu a obrigação contratual.

Além disso, o parâmetro do dano pré-avaliado que equivale ao período do aviso prévio inadimplido se reporta à essência da obrigação de avisar. Essa mesma relação entre a essência e consequência está presente na conversão do aviso em multa, certo de que a substitutividade é característica comum das cláusulas penais de modalidade compensatória. Esse é o mesmo limite que garante a aplicação escorreita da cláusula em acordo com a causa que justifica a sua essência, já que cobrar mais ou menos do que o quantidade de dias não compreendidos pelo aviso representaria desvirtuamento do instituto.

A análise de Cassetari[320] quanto a outros autores anterioremente abordados, como Silvio Rodrigues, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Paulo Nader, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, assim como Tatiana Magalhães Florense[321], é por considerar a cláusula penal instituída para asseverar uma obrigação especial

[318] Ibid.
[319] ROSENVALD, 2020, op. cit., p. 110.
[320] CASSETARI, op. cit., p. 66.
[321] TEPEDINO, op. cit., p. 521.

no contrato como moratória. Parte da doutrina se vale do art. 411 do Código Civil[322] para justificar essa posição, como aponta Cassetari[323].

Especificamente com relação do art. 411 do Código Civil[324] quanto à modalidade da cláusula penal pelo descumprimento do aviso prévio, tal cláusula penal especial não pode ser considerada como de moratória justamente em decorrência da impossibilidade de exigir a notificação prévia e quanto à substituição dessa obrigação contratual com a indenização pré-avaliada. Ocorre a substituição da obrigação de avisar pelo pagamento do equivalente, como visto acima.

Com objetivo de melhor elucidar a questão, recorre-se aos comentários que faz Judith Martins-Costa[325] ao mencionado dispositivo legal. Para ela[326], embora seja habitual que as partes prevejam que as cláusulas especialmente determinadas caracterizem penalidade moratória, excepcionalmente podem prever cláusula compensatória tanto para os casos de inadimplemento das cláusulas especiais quanto de inadimplemento parcial.

Acredita-se que o caso da cláusula penal decorrente do inadimplemento do aviso prévio é um desses casos de excepcionalidade em razão dos motivos expostos na presente seção. Aliás, a posição de Martins-Costa[327] coincide justamente com o que este trabalho defendeu nas seções anteriores com relação aos ensinamentos de Cassetari[328] e Keleti[329], no sentido de que a entender determinada cláusula penal como compensatória ou moratória deverá se dar de acordo com o caso concreto para evitar o injusto[330].

Em vias de fugir de técnicas simplórias de presunção, deve-se considerar o valor da cláusula em contraste com o valor da obrigação principal, consoante jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça e posição equivocadamente atribuída a Caio Mário, observadas no primeiro capítulo, bem como da intenção das partes materializada na cláusula, em conformidade com o conteúdo do estudo de Keleti[331] e Cassetari[332] ao mencionar obras de autores como Pontes de Miranda, Darcy Bessone, Carlos Alberto Bittar e Jorge Cesa Ferreira

---

[322] BRASIL, op. cit., nota 12.
[323] CASSETARI, op. cit., p. 66.
[324] BRASIL, op. cit., nota 12.
[325] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil,* V. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 664-667.
[326] Ibid., p. 666.
[327] Ibid.
[328] CASSETARI, op. cit., p. 67.
[329] KELETI, op. cit., p. 67.
[330] Ibid.
[331] KELETI, op. cit., p. 65-66.
[332] CASSETARI, op. cit., p. 67.

da Silva, por exemplo, além do próprio Nelson Rosenvald[333]. Isso, tendo sempre em mente a vedação ao enriquecimento ilícito e sem prejuízo da observação dos costumes de mercado e de outros parâmetros entendidos como essenciais pelo magistrado diante do caso concreto, o que deve se dar de forma fundamentada em cumprimento ao disposto no art. 93, IX da CRFB/88[334].

Sem embargo, a contribuição desses autores corrobora que a cláusula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio deve ser considerada compensatória, já que o valor da penalidade equivale ao valor da obrigação principal de pagar o aluguel e os encargos contratuais, conforme art. 22 da Lei de Locações[335] e, além disso, o objetivo presente na estipulação é obrigar o locatário a prevenir os danos do locador notificando-o a tempo. Em razão disso, a cláusula penal em comento tem natureza eclética, com especial observância, em peso, da essência de pré-avaliação de perdas e danos, na modalidade compensatória.

3.2. Outros aspectos relevantes da cláusula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio

O aspecto da transferência de risco da desocupação do imóvel abre margem para que a cláusula penal pudesse ser confundida - no mínimo comparada - à cláusula de garantia. Como sustenta Rosenvald[336], clásula de garantia é "aquela pela qual o devedor promete assegurar ao credor determinado resultado, responsabilizando-se pelo não implemento deste resultado, mesmo que o insucesso ocorra sem sua culpa".

Rosenvald igualmente expõe[337] que a cláusula de garantia se aproxima da penal pela assunção do risco integral e pela pré-avaliação de uma soma em caso de inadimplemento, porém, distancia-se na medida em que a cláusula de garantia não depende do pressuposto da culpa, aqui encarada em seu sentido amplo, o que compreende a culpa em sentido estrito e o dolo[338]. A questão é diferente para a cláusula penal, uma vez que a cláusula penal pelo inadimplemento do aviso prévio depende da culpa, como expressamente prevê o art. 408 e o

[333] ROSENVALD, op. cit., p. 59.
[334] BRASIL, op. cit., nota 1.
[335] BRASIL, op. cit., nota 2.
[336] ROSENVALD, 2020, op. cit. p. 152.
[337] Ibid., p. 153.
[338] TEIXEIRA, Mônica Ribeiro. Inadimplemento das Obrigações. *Curso de 10 anos do Código Civil, aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. EMERJ, Série aperfeiçoamento de magistrados 13, V. II, p. 90-97, Rio de Janeiro, 2013, p. 92. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volII_90.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

art. 389 do Código Civil[339], não se podendo olvidar que a cláusula penal é efeito do inadimplemento culposo da obrigação[340].

Este entendimento também é compartilhado por Antônio Pinto Monteiro[341]. Aliás, este autor, Monteiro[342], defende que a cláusula penal em sentido estrito é devida independentemente do dano, enquanto a cláusula penal de pré-avaliação de perdas e danos admite a possibilidade de que o devedor, caso comprove que não houve dano ao locador, deixe de incorrer na pena. No mesmo sentido entende Rosenvald[343].

Isso significa que se o aviso prévio não ocasionou o dano esperado, então não há que se falar em aplicação da multa contratual. Por exemplo, imagine-se que as partes tenham convencionado dever de aviso prévio com dois meses de antecedência à resilição, porém, o locatário deixa de avisar ao locador.

Este, contudo, contrata com novo inquilino no dia seguinte à entrega das chaves pelo primeiro locatário, de modo que o imóvel não ficou vazio nem deixou de produzir renda. Nessa hipótese, o risco de o imóvel ficar vazio por dois meses não se concretizou. Se o devedor comprovar que não houve dano, não responde pelo prejuízo. Consistindo fundamentalmente na obrigação de reparar o dano, a responsabilidade não tem como medida a gravidade da conduta do lesante, mas unicamente a extensão do dano[344], ainda que a cláusula penal pressuponha inexecução culposa[345].

Cabe esclarecer que a culpa mencionada acima não é encarada da mesma forma que a culpa na responsabilidade civil extracontratual. Como defende Caio Mário[346], a cláusula penal se resolve nos mesmos casos em que a lei prevê a resolução da obrigação à qual se adere em virtude da acessoriedade do instituto, como, por exemplo, ocorre nos casos de impossibilidade da prestação ou de perecimento natural. Para Gustavo Tepedino[347], a culpa tanto é elemento essencial para a ocorrência de mora, quanto para o inadimplemento absoluto, em razão do art. 396 e 393 do Código Civil[348], respectivamente.

---

[339] BRASIL, op. cit., nota 12.
[340] TEIXEIRA, op. cit., p. 93.
[341] MONTEIRO, Antônio Pinto. Responsabilidade Contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 7, nº 26, 2004, p. 168.
[342] Ibid., p. 171.
[343] ROSENVALD, 2020, op. cit. p. 114.
[344] Ibid.
[345] GOMES, Orlando. *Obrigações.* 18 ed. rev. e atual. atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 162.
[346] PEREIRA, op. cit., p. 148.
[347] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado:* direito das obrigações, V. IV. São Paulo: Atlas, 2008, p. 392.
[348] BRASIL, op. cit., nota 12.

Rubens Limongi França[349] já defendia, em 1988, a possibilidade de escusas à inexecução pautadas no caso fortuito e na força maior. Somado a isso, o art. 408 do Código Civil[350] expressamente exige a culpa como elemento de aplicação da cláusula penal, enquanto o art. 393 do mesmo código prevê a ocorrência de caso fortuito ou força maior como causa a gerar a irresponsabilidade do devedor.

Sobre o tema, Miguel Maria de Serpa Lopes[351] expõe que a inexecução da obrigação pode apresentar consequências distintas, de modo a admitir que o inadimplemento em decorrência de um fato imputável ao devedor faz surgir a obrigação de satisfação do dano, ou seja, do ônus previsto na cláusula penal, enquanto o decorrente de fato não imputável faz surgir o problema "do caso", decorrente do caso fortuito ou da força maior.

No mesmo sentido entendia Darcy Bessone[352], consoante obra de 1960. Para ele[353], bastaria o fato objetivo do inadimplemento, de modo que a culpa, vista como omissão de diligência, seria estranha ao contrato. É justamente o que se depreende das referências mencionadas acima, certo de que o caso fortuito ou a força maior não são hipóteses de omissão de diligência, mas da ocorrência de fatos que tornam o adimplemento impossível e que escapam à esfera da atuação do devedor, na forma do art. 393 do Código Civil.[354]

Rosenvald[355] expresamente consigna sua concordância com Antônio Pinto Monteiro no sentido de que, embora a disposição de cláusula que preveja o pagamento de perdas e danos, inclusive pré-avaliados no contrato, sem a necessidade de culpa do devedor seja possível em decorrência da autonomia privada, tal figura seria desprovida de sentido. Isso mostra a relevância da culpa, sendo essa condição de exigibilidade da pena, de modo que essa hipótese corresponderia a uma clásula de garantia à qual foi acrescida uma função penal[356].

Não cabe ao credor comprovar que o devedor agiu culposamente, uma vez que a culpa se presume implícita no inadimplemento[357], devendo demonstrar somente a inexecução da obrigação[358]. Para alguns autores, esssa presunção não é absoluta.

Embora Caio Mário[359] reconheça o exame da culpa em acordo com a possibilidade de resolução das obrigações prevista no Código Civil, para ele, nos demais casos, mesmo que

---

[349] FRANÇA, op. cit..
[350] BRASIL, op. cit., nota 12.
[351] LOPES, op. cit., p. 333.
[352] ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato,* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense,1960, p. 253.
[353] Ibid.
[354] BRASIL, op. cit., nota 12.
[355] ROSENVALD, op. cit. p. 154.
[356] Ibid.
[357] FRANÇA, op. cit., p. 194-195.
[358] PEREIRA, op. cit., p. 157.
[359] Ibid., p. 148 e 157.

o devedor comprove de forma incontroversa que o inadimplemento não gerou qualquer prejuízo para o credor, ainda assim a cláusula penal será devida porque a inexecução é danosa sempre. Segundo o autor[360], a dispensa representa *praesumptio iuris et de iure*, ou seja, uma presunção de direito que decorre do próprio direito, absoluta, pouco importanto ser a cláusula moratória ou compensatória. Nas palavras dele[361]: "se não merecer a consideração de prefixar as perdas e danos, em razão não haver prejuízo, não pode faltar com a sua finalidade assecuratória do inadimplemento".

Transportando esse raciocínio sem qualquer filtro para o caso específico da cláusula penal decorrente do inadimplemento do aviso prévio que se analisa, então, caso o devedor tivesse cumprido parcialmente o aviso não deveria ocorrer qualquer desconto do valor da multa. Entretanto, exclusivamente para o caso da cláusula penal decorrente do inadimplemento do aviso prévio, tal forma de pensar se revela incompatível com a lógica do instituto, pautada na possibilidade que tem o locatário de cumprir o aviso ou sofrer com o ônus do inadimplemento.

Na iminência da resilição do contrato, o locatário tem duas escolhas que definirão a incidência da cláusula penal. Ou se cumpre o aviso prévio como exige a obrigação contratual, o que seria equivalente ao aviso prévio trabalhado na comparação com o instituto do aviso prévio indenizado abordado pelo Direito do Trabalho[362], ou se paga o equivalente ao cumprimento dessa obrigação. O efeito prático que se pretende com a cláusula é que o credor não sofra com o prejuízo da desocupação por uma quantidade razoável de tempo.

Outro argumento que se deve considerar ao tratar especificamente da clásula penal decorrente do descumprimento do aviso prévio, e que já foi considerado nos tópicos anteriores do presente trabalho, é a carga maior que essa cláusula penal revela da essência de pré-avaliação de danos. Mais do que o simples reforço da obrigação, a cláusula transfere o risco da desocupação por uma quantidade de meses que corresponde, ou pelo menos deveria corresponder, ao dever jurídico especial de avisar como forma de evitar o prejuízo quantificável pelas partes.

Daí porque a adequação da cláusula ora objeto de estudo ao que defendem Antônio Pinto Monteiro[363] e Rosenvald[364], especialmente, em razão da distinção de que, tendo as partes estipulado multa contratual em sentido estrito, ou qualquer das denominações

---

[360] Ibid.
[361] Ibid.
[362] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 3ª ed. rev. atual. Niterói: Impetus, 2009, p. 824.
[363] MONTEIRO, op. cit., p. 168.
[364] ROSENVALD, op. cit., p. 114.

equivalentes, como punitiva, pura ou coercitiva, o valor poderá ser cobrado independentemente do dano. Por outras lentes, se o caso for de essência de pré-avaliação de danos, então o valor a ser recebido a título de desocupação do imóvel não pode superar esse próprio pressuposto da pena, que é o dano[365].

Em vias de proporcionar melhor visualização, imagine-se um contrato de locação em que tenham as partes inserido cláusula penal que exige aviso prévio de três meses da resilição, porém, o locatário avisa com apenas dois meses. Ou seja, cumpre dois, e descumpre um mês, tendo pago todas as obrigações instituídas no art. 22 da Lei de Locações[366]. Ora, se for permitido ao locador cobrar mais do que o único mês sem aviso, então, se estaria a permitir a cobrança pelos dois meses que foram cumpridos enquanto o locatário ocupou o imóvel e pagou regularmente a obrigação principal.

Em vias de exemplificar ainda melhor a situação hipotética criada no parágrafo anterior, justamente para não se permitir qualquer dúvida no sentido de que não reduzir o valor da multa representaria o enriquecimento ilícito vedado pelo art. 884 do Código Civil[367], se o locatário tem o dever de avisar com três meses e avisa em abril, deveria sair em julho. Porém, se se retirar em junho, o credor poderá cobrar o mês remanescente, que é julho. Se for possível ao credor cobrar mais do que o equivalente ao mês de julho, estaria ele a cobrar pelos meses em que houve ocupação do imóvel, maio e junho, mesmo já tendo recebido o valor do aluguel.

Por isso é que se fala em enriquecimento ilícito, uma vez que não pode o locador se valer de cláusula penal para receber duas vezes o equivalente à locação de único mês, ainda mais porque o pressuposto, na hipótese criada, representaria dano por desocupação do período no qual o imóvel foi ocupado, ou seja, um contrassenso. Essa hipótese representaria abuso do direito de cobrar a cláusula penal e excesso da liberdade contratual[368], para o qual o legislador do Código Civil[369] de 2002 trouxe a novidade, à época, do art. 413. O próprio Caio Mário[370] concorda com essa colocação ao abordar a redutibilidade da multa e sustentar que, no caso de cumprimento parcial da obrigação, a multa deveria ser "um equivalente relativo das perdas e danos".

---

[365] MONTEIRO, op. cit., p. 168.
[366] BRASIL, op. cit., nota 2.
[367] BRASIL, op. cit., nota 12.
[368] MONTEIRO, op. cit., p. 174.
[369] BRASIL, op. cit., nota 12.
[370] PEREIRA, op. cit., p. 159.

Esse dispositivo legal prevê, tal como ocorre com o caput do art. 4º da Lei de Locações[371] e o art. 412 do Código Civil[372] a possibilidade de controle da cláusula penal pelo Poder Judiciário.

No caso do art. 412 do Código Civil[373], o controle se dá de modo a impedir que a cláusula penal represente obrigação superior ao da obrigação contratual. Esse dispostivo legal não passa incólume de críticas. A discussão foi dispensada no estudo da cláusula decorrente da resilição do contrato prevista no art. 4º da Lei de Locações[374], uma vez que o próprio texto legal prevê a necessidade de sua redução proporcional, com as observações feitas pela doutrina no capítulo próprio. Porém, na cláusula penal decorrente do inadimplemento do aviso prévio, há possibilidade de que as partes tenham convencionado multa com valor superior ao período instituído, ou ainda, que a aplicação de tal dispositivo legal tenha impacto na análise de técnicas de verificação da compatibilidade das cláusulas objeto de estudo, o que justifica a sua análise.

Rosenvald[375], por exemplo, entende que o dispositivo é limitador especialmente quando aplicável à cláusula penal em sentido estrito, também chamada de coercitiva, pura, ou punitiva, dentre outras nomenclaturas já abordadas. O mesmo autor[376] explica que a redação do art. 412 do Código Civil[377] se trata de manutenção do art. 920 do Código Civil de 1916[378], época em que já era criticado por Carvalho de Mendonça[379]. Para este[380], o dispositvo em questão tinha origem histórica no "ódio à usura, hoje recalcado para o domínio exclusivo da moral", sendo que não haveria motivos para a sua manutenção no direito moderno, já assim considerado em 1916.

Rosenvald[381] continua com a sua crítica ao art. 412 do Código Civil[382] e concorda com Caio Mário da Silva Pereira[383], no sentido de que a continuidade da disposição do art. 920 do Código Civil de 1916[384] era fruto da pura inércia na reprodução do texto anterior, ao passo que as partes deveriam ser livres para pactuar a pena convencional, pois são elas as

[371] BRASIL, op. cit., nota 2.
[372] BRASIL, op. cit., nota 12.
[373] Ibid.
[374] BRASIL, op. cit., nota 2.
[375] ROSENVALD, op. cit. p. 116 e 152.
[376] Ibid., p. 116.
[377] BRASIL, op. cit., nota 12.
[378] BRASIL, op. cit., nota 87.
[379] MENDONÇA apud ROSENVALD, op. cit., p. 116.
[380] MENDONÇA apud ibid.
[381] ibid.
[382] BRASIL, op. cit., nota 12.
[383] PEREIRA, op. cit., p. 158.
[384] BRASIL, op. cit., nota 87.

interessadas em reforçar o cumprimento da obrigação principal por intermédio da cláusula penal. Desse modo, o efeito da manutenção do mencionado dispositivo legal tanto reduz a aplicabilidade da cláusula penal à prefixação de perdas e danos, segundo Rosenvald[385], como também representa uma forte restrição à liberdade das convenções que tutela interesses individuais.

Tanto é assim que a disposição do art. 412 do Código Civil[386] chega ao ponto de divergir do art. 413 do mesmo código, na medida em que, segundo Rosenvald[387], apenas excepcionalmente deve haver intervenção do Poder Judiciário para reduzir a cláusula penal, para coibir abusos de direito, sob pena de frustrar-se a liberdade contratual. Como defende o autor:

> Temos que perceber que a autonomia privada permite que a pena seja delimitada em valor maior que a obrigação principal. Em cada caso poderemos extrair da função perspectiva pelas partes um modelos prospectivo e diferenciado. Entendimento contrário frustaria a autonomia negocial e a finalidade coercitiva da pena, anulando seu próprio sentido sancionatório. Em verdade, a pena convencionada pelas partes norteia o quantum indenizatório, independente daquilo que se ajustou como obrigação principal.

No mesmo sentido se posiciona Caio Mário[388]. Este[389] considera inócuo o art. 412 porque o art. 413 autoriza que o magistrado proceda à redução equitativa enquanto o art. 416, todos do Código Civil[390], permite seja estipulada a cobrança da cláusula suplementar, bem como afirma que o magistrado fica dotado da possibilidade de "em face das circunstâncias, usar com sobriedade o seu *arbitrium boni viri*"[391], com objetivo de equilibrar a aplicação da cláusula penal de forma equilibrada e compatível com "jogo dos interesses"[392].

Assim como esses autores, Tepedino e Schreiber[393] também expõem críticas que já vinham pelo menos desde as obras de Clóvis Beviláqua, para então sustentar que a melhor doutrina é a da plena liberdade de estipulação da cláusula, seguida pelo Código Civil italiano, pelo português e pelo venezuelano, enquanto o alemão e o suíço permitem a redução pelo excesso sem condicionar a uma taxa fixa. Os mesmos civilistas[394] entendem que o objetivo da

---

[385] ROSENVALD, op. cit. p. 116.
[386] BRASIL, op. cit., nota 12.
[387] ROSENVALD, op. cit. p. 117.
[388] PEREIRA, op. cit., p. 158.
[389] Ibid.
[390] BRASIL, op. cit., nota 12.
[391] PEREIRA, op. cit., p. 159.
[392] Ibid.
[393] TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 396-397.
[394] Ibid., p. 397.

norma do art. 412 do Código Civil[395] é evitar que o inadimplemento da obrigação possa se tornar interessante para o credor que, então, poderia preferir exigir a multa no lugar da obrigação principal como fonte de enriquecimento ilícito.

Seguindo o entendimento de Tepedino e de Schreiber[396] quanto ao mencionado dispositivo legal, o valor que exceder à obrigação principal deverá ser reduzido proporcionalmente, de modo que a cláusula penal será inválida naquilo que a exceder. Em alguns casos é difícil identificar o valor da obrigação principal que servirá como parâmetro para o controle, inclusive nos contratos de locação, de modo que o cumprimento da lei impõe ao magistrado ou árbitro "proceder à tormentosa estimativa do valor da obrigação, a fim de avaliar se a cláusula penal é ou não excessiva, invalidando-a apenas no que não for" [397].

Particularmente quanto à cláusula que estabelece pena decorrente do inadimplemento do aviso prévio, tal parâmetro de controle está implícito na própria convenção contratual, mormente porque o devedor terá duas opções, isto é, cumprir ou pagar o valor equivalente ao cumprimento, assim como no aviso prévio aplicado na esfera trabalhista, como visto acima neste subtópico. Em razão disso, ainda que não houvesse a disposição legal do art. 412 do Código Civil[398], mesmo assim seria possível obter o mesmo efeito prático no controle de sua eficácia como forma de assegurar a vedação ao enriquemento ilícito e dar cumprimento ao art. 884 do mesmo código.

Seja pelo art. 412 do Código Civil[399], no plano da validade, seja em razão do art. 884 ou do art. 413, todos do mesmo diploma, a cláusula que institua pena maior do que a obrigação principal prevista, ainda que calculada proporcionalmente ao cumprimento do período de aviso, deverá ser reduzida. O critério que deve prevalecer é a cobrança do equivalente à obrigação principal no período em que, a par da exigência contratual, foi descumprido.

Não pode determinada cláusula penal exigir valor além do equivalente ao cumprimento do aviso prévio inadimplido porque o objetivo da disposição contratual é justamente converter em prol do locador os efeitos econômicos negativos decorrentes do não aviso, como forma de equilibrar o dever assumido pelo locatário e a expectativa negativamente supreendida do locador. O dano representa, aqui, a diferença entre a totalidade do lapso temporal previsto no contrato e a antecedência do aviso efetivamente feito pelo

[395] BRASIL, op. cit., nota 12.
[396] TEPEDINO, op. cit., p. 397.
[397] Ibid.
[398] BRASIL, op. cit., nota 12.
[399] Ibid.

locatário, de modo que o aviso com prazo bastante satisfaz a obrigação e o aviso atrasado a insatisfaz na exata medida de sua intempestividade. O período de aviso, ainda que inferior ao previsto na cláusula, também atende objetivamente ao interesse do credor de ser avisado com antecedência[400]. Caso contrário, o excesso culminaria no enriquecimento ilícito do credor, enquanto a cobrança de valor inferior deixaria o locador sem o equivalente à indenização pré-fixada na cláusula penal, ferindo a natureza jurídica desta.

Isso se coaduna com a disposição do art. 413 do Código Civil[401], uma vez que presentes todos os elementos por ele exigidos nas duas hipóteses de redução, o cumprimento parcial e o excesso[402]. Caso a obrigação de se avisar com antecedência tiver sido cumprida em parte pelo locatário, o magistrado deverá considerar se o montante cobrado é excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Ora, a cobrança por valor superior ao equivalente locatício pelo período do aviso não cumprido representa excesso e equivale ao enriquecimento sem causa vedado pelo art. 884 do aludido código, por ultrapassar as verbas que seriam recebidas pelo locador em caso de cumprimento integral da obrigação especial de avisar-se. Aliás, nessa também haveria a vedação do art. 412 do Código Civil[403], uma vez que tal excesso seria, inclusive, superior à obrigação principal definida no contrato. Por outro lado, a cobrança a menor equivale ao indevido enfraquecimento da cláusula penal, o que fere a natureza de pré-avaliação de danos.

Em vias de confirmar o escólio, recorre-se a Caio Mário[404], que aduz que a cláusula deverá ser reduzida por equidade nas hipóteses de adimplemento parcial, de modo a considerar a boa-fé, o que, vale comentar, representa uma exceção legal expressa em conformidade com o parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil[405]. Como diz Rosenvald, "atenua-se o *pacta sunt servenda* em nome da equidade"[406]. Quanto ao excesso da pena, esta deve se dar quando manifestamente perceptível em confronto com as demais circunstâncias do negócio, não sendo admissível que o juiz a mitigue de forma a desvirtuar a dupla finalidade de reforço da obrigação principal e de pré-avaliação das perdas e danos[407].

Um ponto em que há concordância da doutrina é que o controle judicial da cláusula penal se funda em normas imperativas, como defendem Tepedino e Schreiber[408]. As partes

[400] TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p.399.
[401] BRASIL, op. cit., nota 12.
[402] PEREIRA, op. cit., p. 159-160.
[403] BRASIL., op. cit., nota 12.
[404] PEREIRA, op. cit., p. 160.
[405] BRASIL, op. cit., nota 157.
[406] ROSENVALD, op. cit., p. 116.
[407] PEREIRA, op. cit., p. 160-161.
[408] TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 400-401.

não podem renunciar à aplicação do art. 413 do Código Civil[409], consoante o Enunciado nº 355[410] da IV Jornada de Direito Civil, que resultou da sugestão de Christiano Cassetari, autor bastante citado neste trabalho em razão de outra obra exclusiva sobre multa contratual.

Cassetari[411] demonstra, nas razões para aprovação do referido enunciado, que autorizar o afastamento do art. 413 do Código Civil pelas partes seria permitir que a norma não produzisse o efeito que queria o legislador e, além disso, afirmou que o art. 2.035 do mesmo código elevou a função social do contrato a preceito de ordem pública, igualmente considerando que hoje vive-se no "império dos contratos padronizados" e que o art. 424, também do Código Civil[412], define a nulidade da renúncia ao aderente de contrato de adesão a direito resultante da natureza do negócio.

Tanto quanto as razões de aprovação do enunciado[413] como a obra de Tepedino e de Schreiber[414] fazem referência ao mesmo julgado do Superior Tribunal de Justiça[415] de 1992, no sentido de assim prevalecer a aplicação do art. 924 do Código Civil de 1916[416] sobre disposição contratual diversa, uma vez que a "moderna doutrina" e a jurisprudência já resistiam à supremacia da vontade para prestigiar o caráter social de proteção da parte mais frágil. O aludido dispositivo da codificação de 1916[417] é o equivalente[418] ao art. 413 do Código Civil[419], embora a redação deste seja diversa, mais ampla e justifique as inovações comentadas acima pela doutrina.

Foi nesse contexto que Christiano Cassetari sugeriu outro enunciado, o qual recebeu de nº 356 depois de aprovado pela IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal[420]. Aliado ao argumento de que a redação do art. 413 do Código Civil[421] se valeu do verbo "deve", no lugar de "poderia", e da citação direta de obras de Gustavo Tepedido e de Judith Martins Costa, para sustentar que o mencionado dispositivo legal há de ser aplicado de ofício pelo magistrado e representa norma cogente.

---

[409] BRASIL, op. cit., nota 12.
[410] AGUIAR JUNIOR (org.), op. cit., p. 270-272.
[411] Ibid., p. 271-272.
[412] BRASIL, op. cit., nota 12.
[413] AGUIAR JUNIOR (org.), op. cit., p. 272.
[414] TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 401.
[415] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 11.527*. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100108898&dt_publicacao=11-05-1992&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 24 ago. 2020.
[416] BRASIL, op. cit., nota 87.
[417] Ibid.
[418] SENADO FEDERAL. *Código civil quadro comparativo 1916/2002*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.
[419] BRASIL, op. cit., nota 12.
[420] AGUIAR JUNIOR (org.), op. cit., p. 272-273.
[421] BRASIL, op. cit., nota 12.

Outro enunciado aprovado na mesma Jornada de Direito Civil[422] se identifica sob o nº 358[423] e teve como autor Otávio Luiz Rodrigues Junior. Esse enunciado contribui para a discussão por esclarecer que o art. 413 do Código Civil[424] não se confunde com as hipóteses de onerosidade excessiva e de frustação da finalidade do negócio jurídico que justificam a revisão da cláusula penal.

Dentre os argumentos para a sua aprovação, Rodrigues Junior[425] entende que a intervenção judicial nos contratos busca a "justiça contratual", estando presentes dois sistemas, o controle interno e o externo. Pelo controle interno, aplica-se o art. 413 do Código Civil[426], e pelo controle externo ocorre a modificação da base negocial que interfira na causa e na finalidade. Ao abordar alteração das circunstâncias, Rodrigues Junior[427] menciona a teoria da base do negócio jurídico, que corresponde à corrente alemã, teoria da imprevisão, corrente francesa, e teoria da onerosidade excessiva, corrente italiana.

Assim, segundo Rodrigues Junior[428], a observação desses dois sistemas, interno e externo, revela que "o enfraquecimento da função reparatória da cláusula penal identifica um contrapeso no recurso subsidiário aos meios externos de intervenção", a ponto de a revisão corresponder a fator capaz de impedir a redução da cláusula penal. Nesse liame, a revisão é mecanismo conservatório da função da cláusula penal, porém, a determinação de redução com base no art. 413 do Código Civil[429] não é a mesma que deriva da aplicação das teorias revisionais do contrato, de modo que "identificar a existência de onerosidade excessiva para o fito de somente reduzir a prestação, independentemente do que seja, é ir de encontro aos postulados teoréticos que lhe assistem"[430].

Seguindo esse entendimento[431], a cláusula penal decorrente do inadimplemento do aviso prévio pode vir a ser aumentada, desde que não ultrapasse o limite do art. 412 do Código Civil[432] e que os fundamentos para o seu aumento estejam de acordo com a sua natureza jurídica de pré-avaliação de danos e diante da lógica observada nesse tipo de obrigação, qual seja: ou se avisa ou se paga o equivalente. Vale ressaltar que esse sistema duplo de revisão da cláusula penal poderia, inclusive, ser utilizado como matéria de defesa,

---

[422] AGUIAR JUNIOR (org.), op. cit., p. 45 e 277.
[423] Ibid.
[424] BRASIL, op. cit., nota 12.
[425] AGUIAR JUNIOR (org.), op. cit., p. 278.
[426] BRASIL, op. cit., nota 12.
[427] AGUIAR JUNIOR (org.), op. cit., p. 278.
[428] Ibid.
[429] BRASIL, op. cit., nota 12.
[430] AGUIAR JUNIOR (org.), op. cit., p. 278.
[431] Ibid., p. 277-278.
[432] BRASIL, op. cit., nota 12.

uma vez que correlação dos sistemas interno e externo de controle prevê, como já exposto, mecanismo conservatório de função, ainda que autônomos[433].

O enunciado seguinte, de nº 359, foi aprovado pela IV Jornada de Direito Civil e sugerido por Jorge Cesa Ferreira da Silva[434]. Aborda-se a possibilidade de redução da cláusula penal pelo art. 413 do Código Civil[435], a qual "não impõe que a redução seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido". De fato, há obrigações em que a aplicação proporcional poderá gerar o que Keleti[436] chamou de "campo fértil para injustiças". Porém, para o caso peculiar da cláusula penal decorrente do aviso prévio, apenas a redução proporcional que torne a multa pelo período não acobertado pelo aviso equivalente ao cumprimento, ou seja, como se o aviso tivesse sido realizado com ocupação regular do imóvel, atenderá à finalidade de sua instituição.

Essa conclusão não afasta o controle judicial que, por exemplo, deverá reduzir a antecedência que se entenda excessiva. Se a máxima da cláusula penal pelo inadimplemento do aviso prévio é a possiblidade de se avisar ou de se cumprir, como já visto, então a revisão da cláusula não se dá pela quantidade de dias que, embora exigidos no contrato, não tenham sido cumpridos pelo locatário, mas sobre os demais parâmetros contratuais. Isso permite concluir que o parâmetro de controle é o tempo, a antecedência que contratualmente se exige do locatário. O próximo capítulo abordará o dano de cada cláusula penal objeto de estudo com maior aprofundamento, com se verifica adiante.

[433] AGUIAR JUNIOR (Org.), op. cit., p. 278.
[434] Ibid.
[435] BRASIL, op. cit., nota 12.
[436] KELETI, op. cit., p. 67.

4. COMPARAÇÃO E CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS PENAIS

O capítulo anterior reuniu as informações relativas às naturezas jurídicas, modalidades, e peculiaridades na aplicação das cláusulas penais decorrentes da resilição do contrato e do descumprimento do aviso prévio. Prossegue-se com a comparação dessas cláusulas com objetivo de aprofundar o estudo e verificar a possibilidade de sua cumulação.

4.1. **Análise do contexto fático que englobaria ambas as hipóteses de multa**

O cenário de apliação de uma das cláusulas objeto de estudo nem sempre será o mesmo da outra. A cláusula penal decorrente da resilição, prevista no art. 4º da Lei de Locações[437], apenas se aplica aos contratos com prazo determinado. Afinal, se o prazo previsto no contrato for integralmente cumprido não haverá o que se falar em rescisão antecipada, o que faz desparecer tanto o inadimplemento do dever jurídico assumido como o parâmetro de cálculo expressamente previsto no mencionado dispositivo legal[438].

O mesmo não ocorre com a cláusula que exige aviso prévio do locatário. Caso tenha transcorrido o prazo determinado no contrato, este passará a vigorar por tempo indeterminado, na forma do art. 6º, do art. 46, §1º, do art. 47, do art. 50, do art. 57, do art. 77 e do art. 78 da Lei de Locações[439], de acordo com a modalidade adotada pelos contraentes, o que também se enfrenta adiante.

Nada obstante, o mero suporte fático idêntico de incidência das cláusulas não deve ser temido pelo intérprete, muito menos servir como justificativa para imediatamente vedar a aplicação de uma ou outra cláusula sem aprofundamento das características de cada uma delas, uma vez que tal medida entraria em conflito com as respectivas naturezas jurídicas dessas cláusulas e com tudo o que já foi exposto até então. É necessário o confronto das cláusulas em suas naturezas e características para, então, obervar como deverá ocorrer sua aplicação.

---

[437] BRASIL, op. cit., nota 12.
[438] Ibid.
[439] Ibid.

4.2. **Confronto de Naturezas Jurídicas e obrigações às quais se aderem**

As seções anteriores mostram que a cláusula decorrente da resilição antecipada do contrato, mencionada no art. 4º da Lei de Locações[440] tem natureza de pré-avaliação de perdas e danos, com certo grau de reforço da obrigação principal e com carga suficiente para sua caracterização como eclética, de acordo com a classificação adotada por Rubens Limongi França[441] e por Christiano Cassetari[442]. Além disso, a modalidade da referida cláusula é compensatória, operando-se de modo a substituir a obrigação de não resilir pela multa proporcional ao período não adimplido.

Por sua vez, a cláusula decorrente do inadimplemento do aviso prévio tem a mesma natureza jurídica, isto é, de pré-avaliação das perdas e danos com certo grau de reforço, na classificação mencionada no parágrafo anterior (eclética)[443], e atende à modalidade compensatória. Uma diferença essencial, no entanto, é que o aviso prévio exigido nessa cláusula penal representa uma obrigação especial instituída no contrato. Embora a cláusula penal seja acessória, está vinculada a uma obrigação diversa da principal, isto é, avisar com antecedência de modo a permitir que o locador melhor se organize diante da iminente desocupação.

Portanto, as duas cláusulas têm fontes obrigacionais diversas. Enquanto uma está ligada ao cumprimento da obrigação principal e encontra fundamento de validade no art. 4º da Lei de Locações[444] e na primeira parte do art. 409 do Código Civil[445], a outra está vinculada ao cumprimento de uma obrigação especial prevista no contrato, e encontra seu fundamento de validade na autonomia da vontade e na segunda parte do art. 409 do Código Civil[446].

Melhor prova de que as cláusulas em estudo têm diferentes fatos geradores é a possibilidade de cumprir uma ao mesmo tempo em que se descumpre a outra. O locatário pode avisar que pretende rescindir o contrato, cumprindo o aviso prévio, porém, caso esteja em vigor o prazo determinado, terá de pagar o valor proporcional à multa, na forma do art. 4º da Lei de Locações[447]. Por outro lado, pode já ter se encerrado o prazo previsto no contrato, fazendo correr a locação por prazo indeterminado, e mesmo assim descumprir o aviso prévio estabelecido de modo a incorrer na cláusula penal.

---

[440] Ibid.
[441] FRANÇA, op. cit., p. 142.
[442] CASSETARI, op. cit., p. 52.
[443] Ibid.
[444] BRASIL, op. cit., nota 2.
[445] BRASIL, op. cit., nota 12.
[446] Ibid.
[447] Ibid.

Além disso, o locatário pode cumprir metade do prazo do aviso prévio, por exemplo, o que provocará a redução do valor a ser cobrado na mesma proporção, ou a redução por outro critério caso entenda o magistrado por aplicar a equidade, consoante comentários no capítulo anterior quanto à aplicação do art. 413 do Código Civil[448]. Nesse cenário, cada cláusula sofreria redução de acordo com parâmetros de cumprimento de cada dever jurídico às quais estão vinculadas, que são independentes.

Nenhum desses cenários seria possível se a obrigação exigida pelas cláusulas penais objeto de estudo fosse a mesma, hipótese na qual se poderia pensar que a disposição contratual teria o objetivo de mascarar eventual *bis in idem* e de fraudar os objetivos da Lei de Locações[449]. Essa hipótese artificiosa atrairia a nulidade por afrontar ao art. 45 da referida lei, porém, notadamente não é o caso das cláusulas objeto do presente estudo.

Estas não se confundem entre si porque têm finalidades diferentes, pautadas na obrigação que substituirão em caso de inadimplemento, em função da modalidade compensatória. Isso justifica a sua disposição conjunta ainda que as naturezas jurídicas e modalidades tenham a mesma classificação.

Vale ressaltar que o fato de haver possiblidade de sua incidência e/ou controle de modo diverso, variante de acordo com o caso concreto, como demonstrado, da mesma forma fulmina qualquer pretensão de se considerar a obrigação de uma cláusula como mera etapa no processo de adimplemento da obrigação prevista noutra.

Isso reforça a ideia de possibilidade de disposição simultânea no contrato das cláusulas objeto de estudo, justamente porque as obrigações por elas exigidas são diversas e não afrontam a Lei de Locações[450], muito menos o art. 409 do Código Civil[451]. Essa ideia apenas se sustenta se o dano pré-avaliado constitutivo da essência jurídica das cláusulas penais também não for o mesmo, como se observa adiante.

4.3. **Análise do dano pré-avaliado**

Uma questão que surge para dirimir a compatibilidade das cláusulas ora estudadas é a observação do dano pré-avaliado, uma vez que, na eventualidade de que este fosse considerado o mesmo em ambas as cláusulas, será igualmente evidente o *bis in idem* da estipulação contratual que pretendesse receber duas vezes pelo mesmo dano. Desse modo, a

[448] Ibid.
[449] BRASIL, op. cit.
[450] BRASIL, op. cit., nota 2.
[451] BRASIL, op. cit., nota 12.

presente seção tem por objetivo distinguir os danos pré-avaliados e evitáveis no caso de adimplemento das obrigações de cumprir o contrato até o seu termo, na forma do art. 4º da Lei de Locações[452], ou de avisar com antecedência à resilição.

4.3.1. Seria o dano o mesmo nas duas cláusulas?

A pergunta que nomeia o presente subtópico contribui para o presente trabalho de forma fundamental, e deve ser respondida na ordem de se evitar o enriquecimento imotivado previsto no art. 884 do Código Civil[453]. Aborda-se que ambas as cláusulas têm essência eclética com maior peso à natureza de pré-fixação de perdas e danos, e igualmente compreendidas na modalidade compensatória, o que impõe a substitutividade da obrigação assegurada por intermédio da cláusula pela multa.

Embora as obrigações indicadas em cada uma das duas cláusulas objeto de estudo sejam diferentes, como se considera nos capítulos antecedentes, existe a possibilidade de que o dano possa ser entendido como o mesmo. Em outras palavras, as duas multas hipoteticamente se reportariam ao mesmo dano, de modo que, caso confirmado, sua disposição conjunta poderia representar tentativa oculta do locador de receber quantia capaz de superar os prejuízos efetivamente pré-avaliados por cada cláusula.

Em outras palavras, a constatação de que o dano assegurado pelas cláusulas em apreço hipoteticamente seria o mesmo igualmente iria sugerir que a disposição simultânea delas no instrumento contratual seria uma tentativa de burlar os objetivos da Lei de Locações[454]. Isso evocaria a nulidade de pelo menos uma das cláusulas em razão do art. 45 da Lei de Locações e igualmente representaria enriquecimento sem causa às custas do locatário, em consequente afronta ao art. 884 do Código Civil[455]. Frise-se: apenas se efetivamente se entender que o dano correspondente a cada obrigação for o mesmo.

Entrementes, uma justificativa se faz necessária. A análise que ora se apresenta não pretende estabelecer toda a dimensão do dano que poderia ou não a parte sofrer, afinal, se estipula a cláusula de pré-fixação de danos justamente para que o montante não tenha que ser discutido pelas partes no futuro, na forma do *caput* do art. 416 do Código Civil, com as devidas ressalvas quanto ao controle judicial que constam em cada capítulo. O objetivo aqui é construir uma ponte entre a ótica do que cada uma das cláusulas em estudo representa para o

[452] BRASIL, op. cit., nota 2.
[453] BRASIL, op. cit., nota 12.
[454] BRASIL, op. cit., nota 2.
[455] BRASIL, op. cit., nota 12.

Direito e o cenário fático que compreende a sua aplicação, o que influencia na vontade e na legitimidade da expectativa das partes ao firmar o instrumento contratual e, assim, integra as razões que as fizeram assumir responsabilidades.

É apenas pela via transversa que a observação do dano pré-fixado atua como justificativa para o seu controle. Não é que o dano encontra este ou aquele limite, mas sim a forma como interpretado o limite da obrigação pode ou não ser compatível com a vontade das partes imprimida na cláusula e a legítima expectativa que tiveram ou poderiam ter. Dessa forma, a análise do dano, com as mencionadas observações, pode servir como um filtro para um futuro controle das cláusulas em comento, seja pelas partes, que de forma prudente poderão antecipar e evitar situações jurídicas incertas que podem resultar em litígio, seja pela autoridade juridiciária na resolução de conflitos.

O presente trabalho busca a pesquisa quanto à possibilidade de cumulação das cláusulas em apreço, o que significa responder se ambas podem ser meramente incluídas em um instrumento locativo, bem como se, uma vez presentes, podem ser aplicadas de forma cumulativa. Quanto à primeira assertiva, observa-se o esgotamento de sua análise nas seções anteriores, as quais não acusam qualquer incompatibilidade, especialmente em vista ao fato gerador de cada uma das cláusulas em estudo ser diverso.

Igualmente não se deve olvidar outra hipótese, que é o adimplemento das obrigações previstas nas cláusulas contratuais. Cumprido o contrato até o prazo previsto, o que compreende a obrigação principal e as especiais nele previstas, inclusive avisado o locador com a antecedência exigida pela cláusula penal específica, nenhuma penalidade será aplicável. Seja por uma ou por outra cláusula penal, não há dano no cenário fático de integral cumprimento das obrigações exigidas do locatário.

Nesse cenário, o locador teve tempo suficiente para empreender os seus esforços físicos, mentais, financeiros, logísticos, enfim, pôde o locador se adequar à mudança da realidade advinda da iminente desocupação do imóvel em face da surpresa da resilição. Não apenas teve tempo para agir, mas não foi surpreendido e se prepararou para o futuro e de acordo com as tendências do mercado adequadamente.

Portanto, a análise do dano observada neste subtópico se dá na aplicação das cláusulas necessariamente de forma conjunta, para a hipótese de resilição do contrato pelo locatário enquanto perdurar o prazo previsto no instrumento contratual. Esse é o cenário fático que se deve ter em mente na leitura do presente subtópico, uma vez que os demais não revelariam qualquer conflito aparente, como visto anteriormente.

Retomando o que se analisou nos subtópicos anteriores, a doutrina de Sylvio Capanema de Souza[456] expõe que a razão de ser da cláusula penal prevista no art. 4º da Lei de Locações[457] decorre das alterações do mercado, que significam maior risco, e da necessidade do locador de manter o vínculo com os locatários, especialmente os bons pagadores. Segundo o autor[458], essa medida visa a evitar que o imóvel permaneça desocupado por longo períodos, tendo o próprio exposto que nem sempre a multa será suficiente para englobar todo o prejuízo do locador.

Esse ponto de vista reforça a ideia de que há dano a ser ressarcido que não foi necessariamente antecipado pela cláusula prevista no art. 4º da Lei de Locações[459]. Outra possibilidade é que o cenário fático apresente dano maior do que aquele previsto, e que a multa contratual preveja tão somente obrigação do locatário que seja capaz de suavizá-lo, ou ainda, compartimentar determinado aspecto do dano em correlação com o que se poderia exigir do locatário como resposta pelo inadimplemento de cada uma das cláusulas em estudo.

Todavia, o problema de se considerar que a cláusula penal poderia ter pré-fixado dano inferior ao ocorrido encontra óbice no parágrafo único do art. 416 do Código Civil[460], que exige a expressa previsão contratual para permitir que o locador comprove e cobre dano superior ao estipulado no contrato. Essa a hipótese também não se compreende no âmbito do estudo proposto no presente subtópico, uma vez que, diante de disposição contratual nesse sentido, a própria lei estaria a permitir cumulação das clásulas e cobrança da penalidade em acordo com o dano devidamente comprovado.

Removido do escopo do trabalho o cenário fático no qual tenham as partes previsto o parágrafo único do art. 416 do Código Civil[461] no instrumento contratual, conclui-se que a análise do presente subtópico deve considerar o limite do dano que a cláusula é capaz de cobrir em cotejo com o comportamento esperado do locatário.

Como visto, a dinâmica da cláusula mencionada no art. 4º da Lei de Locações e do parágrafo único do art. 416 do Código Civil[462] é a cobrança proporcional por expressa previsão da legislação. Sob essas lentes, a multa, e consequementemente o dano abrangido pela cláusula, diminui na exata proporção do prazo cumprido até a efetiva resilição, isto é, a desocupação do imóvel. Nesse cenário, o locador não sabe se ou quando o locatário tomará a

[456] SOUZA, op. cit. p. 44-45.
[457] BRASIL, op. cit., nota 2.
[458] SOUZA, op. cit. p. 44-45.
[459] BRASIL, op. cit., nota 2.
[460] BRASIL, op. cit., nota 12.
[461] Ibid.
[462] Ibid.

decisão de resilir o contrato e confia na cláusula para que o prazo seja cumprido até o seu termo. E, no caso de inadimplemento, espera receber alguma compensação baseada nessa confiança.

Outro motivo que deve ser considerado nessa dinâmica, por envolver a locação como atividade econômica, é que dela naturalmente o locador espera que o imóvel seja rentável. A própria Lei de Locações[463], no art. 19, indica que o locador tem o direito de receber o valor de mercado, dispositivo este que aborda a revisão contratual. Assim, quis o legislador esclarecer que o contrato de locação mantém o seu equilíbrio econômico financeiro quando o valor do aluguel está adequado ao valor de mercado.

Não haveria locação se ela não fosse capaz de gerar receita positiva, assim como qualquer atividade econômica desempenhada no sistema capitalista adotado pelo Brasil, notadamente observado no art. 1º, IV e no art. 170, IV ao abordarem a livre iniciativa, e no art. 173, todos da Constituição[464], ao abordar que o Estado não se imiscuirá na atividade econômica, senão em função de relevante interesse nacional ou de relevante interesse coletivo, de modo que, ordinariamente, fora dessas hipóteses constitucionais, a atividade econômica se desenvolve preferencialmente pelos particulares.

Dessa maneira, a atividade rentável e capaz de proporcionar o lucro ao locador é aquela cujos rendimentos superem consideravelmente as despesas. Além dos encargos do imóvel que deverão ser arcados pelo locatário, o locador ainda tem uma série de obrigações a suportar como, por exemplo, aquelas ligadas à administração da locação e às despesas extraordinárias de condomínio, na forma do art. 22 da Lei de Locações[465].

Isso mostra que a receita que o locador irá auferir deverá ser cuidadosamente empregada. As reservas que o locador poderá realizar são tão proporcionais quanto a redução da multa abordada pelo art. 4º da Lei de Locações[466], de modo a serem construídas, reconstruídas ou ressarcidas com a exploração econômica do imóvel no curso do prazo previsto no contrato, uma vez que a maior parte do aluguel deverá ser usada de modo a assegurar o lucro e a rentabilidade. Assim, pode-se dizer que até o último dia do prazo previsto no contrato, o locador terá os recursos necessários tanto para fazer frente às obrigações de sua responsabilidade, como para divulgar que o imóvel se encontra disponível para um novo locatário.

---

[463] BRASIL, op. cit., nota 2.
[464] BRASIL, op. cit., nota 1.
[465] BRASIL, op. cit., nota 2.
[466] Ibid.

Essa tese se coaduna com a abordagem do cenário fático, acima feita. Como o locador tem o poder e o dever de planejamento para fazer frente às obrigações atribuídas a quem explora o imóvel, sob pena de não ser rentável ou economicamente viável a exploração, se houver resilição do contrato próximo do início da fluência do prazo, receberá maior quantia, ao passo que, cumprido o contrato tanto quanto próximo ao prazo, já teve a oportunidade de se resguardar e, caso já tenha adiantado valores para esse fim, de se ressarcir.

Embora o dano corresponda às reservas e/ou aos gastos atribuíveis ao locador em função de determinada locação, o valor a ser pago pelo locatário decorre da proporção de adimplemento do prazo aplicada sobre um risco estimado previamente pelas partes ou estabelecido pelo magistrado no caso da multa fixada em juízo, o que deverá considerar as práticas de mercado, a razoável expectativa que teve o locador e os parâmetros sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência.

Uma vez cumprido integralmente o prazo previsto no instrumento contratual, presumidamente o locador já teve a possibilidade de extrair tudo o que poderia da locação em curso para preservar o capital e a exploração econômica do imóvel, o que explica o motivo de não haver mais dano a ser ressarcido.

Esse comportamento será cíclico enquanto o imóvel for explorado economicamente. Todas essas considerações indicam que o dano albergado pela cláusula prevista no art. 4º da Lei de Locações[467] é o impedimento ao remanejamento gradual dos recursos necessários para fazer frente às obrigações relativas ao imóvel e à sua exploração econômica pelo locador.

A cláusula que prevê aviso prévio e a indenização em caso de inadimplemento contém outra tônica. Nesta, o dano pré-avaliado não se altera proporcionalmente em razão do prazo adimplido, como ocorre na cláusula prevista no art. 4º da Lei de Locações[468]. O dano se altera diante da antecedência do aviso, pois, como visto nas seções anteriores, a lógica dessa cláusula é cumprir o aviso ou obrigar o locatário ao equivalente.

Sendo assim, o dano previsto pela multa contratual decorrente do aviso prévio é fixo no tempo. Tanto faz se a resilição se dará ou não no prazo previsto pelo contrato, porque o que importa é, justamente, a tempestividade do aviso. Isso significa que o dano coberto pela cláusula também deve ser idêntico às situações de sua aplicação. Seja no início do contrato, próximo ao fim, ou ainda quando vigorar por prazo indeterminado, está presente o ponto comum que é a surpresa do locatário e a possibilidade de desocupação do imóvel.

---

[467] Ibid.
[468] Ibid.

Apesar de essa possibilidade representar cenário fático com diversas implicações diferentes, a penalidade decorrente do não aviso contém um comando implícito ao locatário, no sentido de não deixar o locador desavisado, sob pena de se arcar com o prejuízo equivalente à inércia. Por "prejuízo", leia-se a desocupação do imóvel, enquanto a inércia se relaciona com a atividade que se espera do locador diante da notícia de que seu imóvel estará desocupado, que é mitigar gastos e conseguir outro locatário e, assim, continuar com a exploração do imóvel.

Haja vista que o valor da multa reduz-se proporcionalmente de acordo com a antecedência adimplida, o dano coberto pela cláusula equivale ao ônus gerado pelo imóvel desocupado no mesmo lapso temporal. Observe-se que, na cláusula penal que prevê o aviso prévio, o dano não recai sobre a impossibilidade do locador de se preparar, com reserva de capital, para a exploração econômica do imóvel propriamente dita, mas do risco conhecido de que, até que os esforços do locador para conseguir novo locatário deem resultado, transcorrer-se-à algum tempo.

No cenário econômico atual[469], no qual o locador necessita resguardar-se de eventuais prejuízos advindos da desocupação do imóvel, a inclusão da cláusula que estabelece o dever do aviso prévio à resilição pelo locatário pretende evitar que o locador se prejudique no período no qual suas ações para continuar a explorar o imóvel ainda não deram resultado (novo contrato). Este é o período coberto pela cláusula que exige o aviso prévio, que resulta da vontade das partes e do conhecimento empírico de que os mencionados esforços do locador não produzirão resultados instantâneos.

No sentido de ser possível a cobrança conjunta das multas contratuais objeto do presente estudo, entendeu a Décima Quinta Câmara Civel do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[470] pela sua possibilidade, em razão de o aviso prévio ser exigido mesmo no curso do prazo indeterminado do contrato, bem como da existência de indicação contratual de que tais multas deveriam ser conjugadas.

Isso revela que o dano coberto em cada cláusula não é precipuamente o mesmo, nem tem a mesma razão de ser, o que abre margem para a cobrança conjunta das cláusulas em estudo. Acrescente-se que a observação do âmbito de cada multa quanto ao dano, acima problematizado, decorre da autonomia da vontade dos contraentes no contexto econômico atual das locações, o que motiva as partes a contrair dois deveres jurídicos distintos,

---

[469] SOUZA, op. cit. p. 44-45.

[470] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0479028-56.2014.8.19.0 001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047BF07755E8A 3D30 EAAD4424164771EF3C5063B3E1933>. Acesso em: 22 nov. 2020.

representados pela obrigação principal de cumprir o prazo e pela obrigação especial de se avisar com antecedência.

4.3.2. Há *bis in idem*? Aprofundamento do dano pré-avaliado em cada cláusula

Mesmo que o dano em cada cláusula não seja o mesmo, ainda resta analisar os casos em que a sua aplicação conjunta poderia, hipoteticamente, representar cobrança em dobro, ainda que relativa a uma parcela diminuta do cálculo a ser feito sobre cada multa. Em outras palavras, a cumulação das multas, embora possível, por partir de pressupostos de cálculo e de danos parecidos, poderia indicar que uma parcela de uma ou de outra deveria ser desconsiderada na ordem de evitar enriquecimento sem causa.

Como consta no subtópico anterior, na multa contratual prevista no art. 4º da Lei de Locações[471], o dano corresponde à impossibilidade de remanejamento dos recursos necessários para fazer frente às obrigações relativas ao imóvel e à sua exploração econômica pelo locador. Por sua vez , na multa decorrente do inadimplemento do aviso prévio, o dano corresponde ao período no qual, por culpa do locatário, e aqui se usa "culpa" porque o não preenchimento desse pressuposto esvazia a cláusula penal[472], o locador não pôde ter ação para mitigar o seu prejuízo com a desocupação.

Assim sendo, o presente subtópico pretende responder se, uma vez aplicadas conjuntamente, alguma das multas objeto de estudo deveria ter o seu valor reduzido em função da existência da outra. Em outras palavras, em comparação de cada dano pré-avaliado, se a cobrança pelo período equivalente ao aviso prévio, por representar o pagamento integral das obrigações pecuniárias do locatário, poderia ser cobrado conjuntamente com a estimativa proporcional de construção de capital da multa prevista no art. 4º da Lei de Locações.

Muito embora ambas as cláusulas utilizem a rescisão contratual como parâmetro de cálculo, o comportamento e a forma de elaboração deste é diverso. Na multa do art. 4º da Lei de Locações[473], a estimativa resulta da quantidade do prazo não adimplida. São três os fatores a serem utilizados como base. O primeiro é o prazo integral que, previsto no contrato, permitirá ao intérprete conhecer o máximo a que se poderia chegar de período inadimplido do contrato, enquanto o segundo representa o valor estipulado pelas partes para fins de multa, ou seja, o valor máximo que se poderia cobrar.

---

[471] BRASIL, op. cit., nota 2.
[472] SOUZA, op. cit., p. 48.
[473] BRASIL, op. cit., nota 2.

O último dos fatores é mutável e decorre do comportamento do locatário. Os dois primeiros fatores representam o conteúdo das cláusulas contratuais que estipulam a duração da locação e o valor de multa a ser cobrada, e por isso que foram referenciados pelo vocábulo fixo. Do cotejo entre o prazo cumprido pelo locatário e aquele previsto no contrato, será possível conhecer o percentual adimplido do prazo e, por exclusão, o percentual inadimplido. Este último fator incide sobre a multa estipulada pelas partes que, proporcionalmente, resultará no crédito em favor do locador.

Isso significa que o ressarcimento se pré-avalia pela parcela de tempo que se estimou necessária para o retorno do capital investido para a realização da locação em curso; capital este que também resulta de estimativa, equivalente ao segundo dado fixo, que é o valor indicado no contrato a título de multa.

Em outras palavras, a cláusula sinaliza que o locador tem a expectativa, conhecida pelo locatário, de se ressarcir da quantia indicada na própria cláusula no curso do contrato, alocando e realocando recursos nesse prazo. Ainda vale ressaltar, como assevera Sylvio Capanema de Souza[474], que nem sempre essa quantia será suficiente para cobrir todo o dano suportado pelo locador.

Tudo isso reforça a ideia de que a cláusula penal prevista no art. 4º da Lei de Locações decorre da necessidade das partes e do mercado de fazer frente ao conhecido ônus decorrente da exploração econômica que, por se tratar de uma pré-fixação, também não depende que o credor comprove seu prejuízo, na forma do *caput* do art. 416 do Código Civil[475]. Desse modo, o cálculo decorre de parâmetro à parte do momento da resilição, que apenas usa esse marco temporal como fator indicativo da redução proporcional, o que não muda a premissa de que o capital correlacionado ao dano seria reconstruído e/ou alimentado necessariamente ao longo de todo o período esperado.

Em contrapartida, o dano previsto na cláusula que institui o dever de aviso prévio à resilição também possui três parâmetros, dois fixos e um mutável. Os fixos, tais como previstos no instrumento contratual, são representados pela antecedência exigida do aviso de resilição do locatário e pelo valor da multa, que coincide com as obrigações pecuniárias que deveriam ser suportadas por ele, locatário, no caso do período não compreendido pelo aviso se igualar ou superar a antecedência exigida. Por sua vez, o parâmetro mutável representa a antecedência que efetivamente foi cumprida.

---

[474] SOUZA, op. cit. p. 44-45.
[475] BRASIL, op. cit., nota 12.

Em razão da coincidência entre o valor a ser pago a título de multa e o lapso temporal não compreendido pela antecedência do aviso, o cálculo desta cláusula penal é simples, uma vez que o valor a se cobrar a título de multa é diretamente proporcional à antecedência. Isso mostra que o dano pré-avaliado nessa cláusula não aceita o mesmo parâmetro da cláusula prevista no art. 4º da Lei de Locações[476], que necessariamente compreende todo o lapso temporal previsto no instrumento contratual em seus parâmetros fixos.

Aliás, como se sustentou nas seções anteriores, essa cláusula não depende do prazo estabelecido para a locação. O que faz cessar a possibilidade de cobrança da multa é o cumprimento do dever exigido na cláusula, o aviso prévio que independe do contrato vigorar por prazo determinado ou por prazo indeterminado para ser cobrado, de modo que a compreensão do dano avaliado, na ordem de se adequar ao instituto, deve ser tão mutável quanto é proporcional a diminuição da multa.

Ou seja, o dano avaliado pela cláusula que requer o aviso prévio deve naturalmente se reduzir para se adequar proporcionalmente à quantidade de dias não acobertados pelo aviso. Esse raciocínio leva à previsão de desocupação do imóvel como hipótese considerada pelos contraentes no momento em que firmado o pacto. Ao atribuir ao locatário o dever de pagar o equivalente à locação no período compreendido equivalente à antecedência, a cláusula penal quer evitar que o locador sofra os efeitos da desocupação por um período médio.

Esses efeitos não compreendem apenas os ônus do imóvel, pois ultrapassam os encargos; afinal, a multa equivale à locação com os encargos. Dessa forma, o dano aqui não é a mera surpresa ou ausência de possibilidade de preparo, mas o risco concreto de que o locador não consiga dar o devido destino econômico ao imóvel no interregno indicado na cláusula penal.

Essa visão se coaduna com o que está exposto nas seções anteriores, no sentido de que, em cumprimento à boa-fé esperada das relações jurídicas, se mesmo no caso de descumprimento da cláusula que exige o aviso prévio o locador conseguir uma nova locação, nesse caso deverá cobrar apenas o valor equivalente ao lapso temporal no qual o imóvel permaneceu desocupado, sob pena de enriquecimento sem causa. Afinal, seria ilegítimo e representaria *bis in idem* a hipótese na qual ele, locador, recebesse o equivalente ao dobro da exploração econômica do bem; isso sem considerar que a prova de outra locação dentro do

[476] BRASIL, op. cit., nota 2.

período de aviso torna evidente a inexistência do dano estimado pelas partes e não concretiza a situação de desocupação indesejada pela referida cláusula.

Muito embora ambos os danos estejam presentes na hipótese de resilição, os parâmetros para cada multa são tão distintos que não podem sequer sugerir a ocorrência de *bis in idem*, este que apenas estaria presente caso houvesse cobrança dúplice. Para tanto, seria necessário que ambas as cláusulas decorressem de dever jurídico semelhante, ou ainda, que estivessem a pré-avaliar e ressarcir o mesmo dano.

Esse não é o caso, tendo se visto que cada cláusula penal objeto de estudo está atrelada a um dever jurídico diverso, decorrentes de finalidades práticas e resultados igualmente diversificados, a ponto de mostrar que a expressão da vontade dos contraentes não tem identidade entre uma e outra. Em decorrência disso, os parâmetros considerados para o cálculo de cada uma das multas é do mesmo modo diferente.

Há, contudo, esclarecimento que deve ser feito para impedir equívocos. A data referencial para cálculo das multas é a efetiva desocupação do imóvel. Em outras palavras, a multa do art. 4º da Lei de Locações se calcula com o parâmetro do dia da desocupação para, então, estipular-se por exclusão o período não cumprido do prazo previsto e, por outro lado, o dia da desocupação será o marco para verificação da antecedência do aviso noutra cláusula penal. Afinal, até a efetiva desocupação, o aluguel e demais encargos cobrar-se-ão regularmente nos vencimentos programados.

Reitera-se, desse modo, que a cobrança conjunta dessas cláusulas não representa *bis in idem* quanto ao dano pré-avaliado em cada uma delas, uma vez que a cláusula prevista no art. 4º da Lei de Locações[477] se compreende pela necessidade de ressarcir o locador dos recursos empregados para fazer frente às obrigações econômicas decorrentes de sua condição de proprietário e locador, quanto a gastos e a construção de reservas financeiras que podem ocorrer tanto antes como para a realização do contrato de locação, ou mesmo no curso do próprio contrato, enquanto a multa decorrente do inadimplemento do aviso prévio quer evitar que, no período previsto na cláusula, o imóvel deixe de render frutos ao locador diante da iminência da desocupação. Todavia, isso não impede que se realize o controle judicial de excessos, como se observa adiante.

[477] BRASIL, op. cit., nota 2.

4.4. **Parâmetros de controle que deverão ser considerados pelo magistrado**

A presente seção foi inicialmente pensada com o objetivo de observar os parâmetros de controle aplicáveis para a disposição conjunta das cláusulas penais objeto de estudo, o que inclui as diferentes modalidades de locação previstas na respectiva Lei, com a indicação de mecanismos para tanto. Contudo, uma vez verificado que não há impedimento para a cumulação das cláusulas objeto de estudo, o controle judicial deverá ser aplicado sobre cada uma delas individualmente, de modo que os efeitos, reduções, limites e observações decorrentes do controle judicial pelo magistrado sobre uma cláusula não prejudicam ou influenciam a outra.

As cláusulas em apreço contêm parâmetros próprios que, embora possam ter pontos em comum, aplicam-se individualmente. Como visto no tópico anterior, ambas devem ser reduzidas proporcionalmente de acordo com o cumprimento da obrigação pelo locatário, porém, por motivos diferentes e mediante aplicação de parâmetros de cálculo que não podem ser confundidos.

A cláusula prevista no art. 4º da Lei de Locações[478] tem redução proporcional em razão da sua expressa previsão do *caput*. Em contrapartida, a cláusula que exige o aviso prévio à resilição tem sua redução proporcional diante do próprio comando que lhe é inerente e direcionado ao locatário, no sentido de cumprir o aviso ou de se obrigar pelo equivalente, lógica essa semelhante ao aviso prévio trabalhista abordado no capítulo próprio[479]. Esses parâmetros devem ser observados na verificação de que as cláusulas penais e os valores a elas indicados são corretos, de acordo com o caso.

E, por falar no caso concreto, como qualquer cláusula penal, as cláusulas objeto de estudo se submetem aos artigos 412 e 413 do Código Civil[480]. Como consta na seção que aborda as peculiaridades da cláusula penal que exige o aviso prévio à resilição, o art. 412 é severamente criticado pela doutrina, tendo se citado, dentre outros, a obra de Rosenvald[481] e a de Caio Mário[482]. Isso porque o art. 412 do Código Civil[483] praticamente retira a função estritamente punitiva, também chamada pela doutrina de cláusula penal pura, ou teoria da

[478] Ibid.
[479] CASSAR, op. cit., p. 824.
[480] BRASIL, op. cit., nota 12.
[481] ROSENVALD, 2020, op. cit. p. 116.
[482] PEREIRA, op. cit., p. 158.
[483] BRASIL, op. cit., nota 12.

pena, de acordo com os autores mencionados, além de contrariar o art. 413 que aponta como parâmetro de controle o excesso diante da essência e finalidade do negócio jurídico[484].

O contraponto que há com relação ao entendimento acima é que, seja com fundamento no art. 412 do Código Civil, seja com fundamento na moralidade, o valor da penalidade não pode ultrapassar o valor da obrigação porque, caso contrário, o locador preferiria o inadimplemento[485]. A isso se acrescente que não há notícia de declaração de inconstitucionalidade, repercussão geral ou de interpretação conforme a Constituição pelo STF, nem mesmo súmula ou decisão vinculante nesse sentido. Trata-se de comando legal que deve integrar o presente estudo.

Com relação às cláusulas em comento, o art. 412 do Código Civil pode ser aplicado pelo magistrado no controle da cláusula penal que exige o aviso prévio como modo de impedir que a multa fixada seja superior ao valor da locação acrescido dos encargos, uma vez que o locador não pode exigir além do equivalente ao aluguel e encargos relativos ao período não compreendido pelo aviso. Entrementes, chega-se à exata mesma conclusão na aplicação do art. 413 do Código Civil[486], uma vez que tal excesso estaria em desacordo com a finalidade da cláusula de prevenir a surpresa e indenizar o locador pelo período não compreendido no aviso do locatário, como minuciosamente se aborda nas seções que antecedem a presente.

Uma distinção há de ser feita com relação ao controle. Como consta nas seções anteriores, ambas as cláusulas penais devem ser calculadas de acordo com a proporcionalidade do cumprimento das obrigações nelas previstas, seja a proporcionalidade da antecedência exigida na cláusula do aviso prévio, seja a proporcionalidade do prazo contratual adimplido. Assim deve ser em consideração ao art. 4º da Lei de Locações[487] que deixou de fazer referência ao art. 924 do Código Civil de 1916, equivalente ao art. 413 do Código Civil de 2002[488]. E, no caso da cláusula que exige o aviso prévio à resilição, a proporcionalidade decorre da tônica da obrigação assumida pelo locatário, que tem a opção de cumprir ou pagar em acordo com o disposto no capítulo próprio.

Desse modo, enquanto a proporcionalidade age sobre a parcela adimplida da obrigação exigida em cada cláusula penal, os parâmetros de controle dos artigos 412 e 413 do Código Civil devem, também, se ater ao valor da multa indicada em cada cláusula, uma vez

---

[484] ROSENVALD, 2020, op. cit., p. 117.
[485] CAPANEMA, op. cit., p. 46.
[486] BRASIL, op. cit., nota 12.
[487] BRASIL, op. cit., nota 2.
[488] SENADO FEDERAL, op.cit..

que sua aplicação já está compreendida na proporcionalidade dos parâmetros mutáveis de cada cláusula penal em estudo, como visto.

Cabe reiterar que o cálculo de cada multa decorre da multiplicação de fatores inerentes às cláusulas, de modo que o peso atribuído a um deles influenciará no resultado de outro. Dito de outro modo, a redução do valor indicado a título de multa inequivocamente reduzirá o valor final desta, ainda que existam outros fatores a serem considerados para a realização do cálculo. Por outro lado, os parâmetros fixos e mutáveis das clásusulas em estudo contêm atributos próprios que justificam o controle diferenciado para garantir a sua adequação com a natureza e finalidade do negócio jurídico, o que é justamente a intenção do legislador consolidada na redação do art. 413 do Código Civil.

Com isso, é possível afirmar que cada um dos parâmetros, sejam eles os fixos ou os mutáveis, referenciados nas seções anteriores, terão uma técnica de controle diversa. O mutável de cada cláusula, representado pela parcela da obrigação exigida pela cláusula penal que não foi adimplida pelo locatário, exige o cálculo proporcional de acordo com o cumprimento do dever jurídico nelas referenciado.

Por sua vez, os parâmetros fixos, aqueles presentes no contrato e estipulados pelas partes de forma fixa, como o valor da multa e a antecedência do aviso no caso da cláusula que o institui, não deverão se submeter ao controle proporcional. Com relação a estes, deve-se aplicar de outro modo o controle judicial, como meio de evitar os excessos mencionados pelos artigos 412 e 413 do Código Civil[489], sempre tendo em mente o disposto no art. 45 da Lei de Locações[490]. No caso da cláusula penal prevista no art. 4º da Lei de Locações, os parâmetros fixos são o valor da multa e todo o lapso temporal de duração da locação, sobre os quais também pode haver excesso que justifique o seu controle.

Desse modo, uma multa prevista no art. 4º da Lei de Locações pode ser considerada excessiva por inúmeros fatores, sejam os parâmetros fixos ou os mutáveis. Portanto, a conclusão de eventual excesso ou disposição abusiva deverá ser apreciada de acordo com a própria essência do negócio jurídico e sua finalidade, na forma do art. 413 do Código Civil, bem como as condições técnicas e financeiras das partes, o cenário econômico, os princípios norteadores de eticidade, sociabilidade e operabilidade do Código Civil. Isso, além das cláusulas gerais[491], isto é, das diretrizes direcionadas ao magistrado como a boa-fé e a função

[489] BRASIL, op. cit., nota 12.
[490] BRASIL, op. cit., nota 2.
[491] SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 1.120.

social do contrato[492], aplicáveis de ofício e diretamente no caso concreto, em acordo com o enunciado nº 281 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro[493].

De outro modo sequer se poderia cogitar, sob pena de afronta ao art. 884, que veda o enriquecimento ilícito, ao inciso I do § 1º do art. 113, que considera o comportamento das partes na interpretação do negócio jurídico, no caso, do locador ao contratar a segunda locação, e ao inciso III do § 1º do art. 113, todos do Código Civil[494], que expressamente considera a boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos. Isso sem falar do art. 422, também do Código Civil[495], que vai exigir das partes a probidade e boa-fé na execução dos contratos, compreendidas as fases pré e pós contratual[496].

Muito embora não seja viável antecipar todas as possibilidades de excesso e abusos contratuais relacionados às disposições das partes, algumas situações são tão corriqueiras que participam da prática locativa e até mesmo na forense. É o caso da limitação do parâmetro fixo equivalente ao valor da multa no caso da cláusula prevista no art. 4º da Lei de Locações, no qual se tornou costume a fixação em três vezes o valor do aluguel pelos contraentes[497], critério por vezes considerado pela jurisprudência[498].

Frise-se que a lei não impõe um ou outro parâmetro, justamente porque as partes são as melhores pessoas para, mediante julgamento da própria situação e das negociações que antecedem o contrato, antever o prejuízo[499]. Portanto, o parâmetro acima indicado não se trata de norma ou princípio, mas da avaliação de um costume do mercado que deverá ser considerado pelo magistrado[500], especialmente quando as partes não o tiverem feito expressamente no contrato e houver pedido para tanto.

Justamente da inexistência de um parâmetro fixo é que se retira a relevância do olhar aprofundado sobre a natureza jurídica, a modalidade, a forma de aplicação das cláusulas

---

[492] RODRIGUES, Lisia Carla Vieira. O código civil de 2002: princípios básicos e cláusulas gerais. *Curso de 10 anos do Código Civil, aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. EMERJ, Série aperfeiçoamento de magistrados 13, V. I, p. 179-194, Rio de Janeiro, 2013 p. 185. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2020.

[493] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula da Jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.* Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/71563/sumula-tjerj-anotada.pdf?=v10>. Acesso em: 22 nov. 2020.

[494] BRASIL, op. cit., nota 12.

[495] Ibid.

[496] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Civil*, enunciado 25. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/671>. Acesso em: 29 mai. 2020.

[497] SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 1.120.

[498] SCAVONE JUNIOR (Org.), op. cit., p. 16.

[499] CAPANEMA, op. cit., p. 46.

[500] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0007361-87.2005.8.19.0002*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032978B5335E29AD5AAF37E97CA6EB9EF51CC402393013>. Acesso em: 2 dez. 2020.

penais em apreço e dos elementos que permeiam a vontade das partes, bem como do dano pré-fixado, da finalidade do negócio jurídico, dentre outros critérios acima mencionados. Esses elementos fornecem as balizas necessárias para que possa o magistrado decidir de forma fundamentada. Porém, esse cenário pode mudar de acordo com a modalidade contratual.

4.4.1. O controle judicial na locação residencial e na locação por temporada

Os parâmetros acima indicados se aplicam integralmente à locação residencial, não havendo necessidade de observação especial quanto a esta modalidade contratual senão que as partes contratam a locação do imóvel com a finalidade de moradia, eventualmente lazer ou comodidade permanente, de modo que tal risco está compreendido na possibilidade de fazer frente ao aluguel em acordo com as receitas e gastos rotineiros da família.

Nesta, não há uma atividade econômica ou outro fator que pudesse fazer presumir que a obrigação contratual estaria inserida no risco de determinado negócio, afinal, o negócio do locatário residencial é sobreviver, o que é incompatível com multas estipuladas em patamares muito altos. Em razão disso, é comum que o controle judicial compreenda o costume de fixação em até três meses o valor do aluguel[501].

A locação por temporada, por sua vez, tem outro regime jurídico. Tem o prazo propositadamente curto, no máximo noventa dias e, além disso, o locador tem a faculdade de exigir previamente o pagamento do aluguel e dos encargos, na forma do art. 48 e do art. 49 da Lei de Locações e sem prejuízo das garantias previstas no art. 37 da mesma cártula. Isso retira completamente a surpresa do locador diante resilição, bem como do risco da desocupação, uma vez que é natural do negócio que, findo o prazo, o locatário se retire do imóvel.

Nesse esteio, o locador não é surpreendido, como também não faz cessar os esforços para divulgar o imóvel no mercado, mesmo este estando ocupado. Vale ressaltar que a possibilidade de se exigir integralmente o valor do aluguel e encargos de forma adiantada fulmina completamente a possibilidade de cobrança de qualquer das multas em estudo, já que, para o locador, tal exigência equivale ao cumprimento do contrato até o prazo previsto.

---

[501] SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 1.120.

4.4.2. O controle judicial na locação não residencial

De início, importa diferenciar a locação não residencial da locação comercial. Estes termos não devem ser tomados por sinônimos, uma vez que a Lei de Locações[502] os distingue ao estabelecer que terá direito à renovação compulsória do contrato aqueles que tiverem desenvolvimento de atividade econômica organizada, isto é, voltada para o lucro, no imóvel, na forma do art. 51 do aludido diploma legal, em vias de proteger e as externalidades positivas advindas da locação[503].

Em continuidade, a locação que não tenha finalidade de constituir elemento que preencha esses requisitos, será locação não residencial e sem direito à renovação compulsória previsto no art. 51, como é o caso da locação de imóvel por fundações e associações, bem como das hipóteses consideradas pelo art. 53 da Lei de Locações. Nesse liame, a locação não residencial se equipara à espécie de locação, da qual a locação empresarial ou comercial, a locação em *shopping center* e a locação pela modalidade *built to suit* são subespécies.

Diferentemente das demais modalidades, a locação pactuada para fins empresariais torna ainda mais excepcional a aplicação do art. 413 do Código Civil[504], porquanto os riscos a serem assumidos pelo locatário integram a atividade a ser desenvolvida. Esse elemento não pode ser ignorado pelo magistrado, porque o risco advindo das obrigações contratuais assumidas estão integradas ao desenvolvimento da atividade e ao risco de não sucesso, afinal, aqui os interesses das partes, os benefícios econômicos e a função social do contrato ultrapassam a mera ocupação do imóvel.

É justamente o que se depreende da proteção que o legislador conferiu aos hospitais, às unidades sanitárias oficiais, aos asilos, aos estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, às entidades religiosas devidamente registradas, na forma do art. 53 da Lei de Locações[505], ao permitir que a rescisão do contrato se dê apenas nas hipóteses previstas no art. 9º e no inciso II do próprio art. 53, todos da mencionda legislação. São todas essas atividades necessárias para o desenvolvimento da sociedade, as quais trazem benefício geral que ultrapassa a pretensão locativa, de modo a cumprir função social consoante art. 421 do Código Civil[506].

---

[502] BRASIL, op. cit., nota 2.
[503] SCAVONE JUNIOR (org.), op. cit., p. 325-326.
[504] BRASIL, op. cit., nota 12.
[505] BRASIL, op. cit., nota 2.
[506] BRASIL, op. cit., nota 12.

Com relação à locação de lojas ou espaços comerciais em *shopping center*, prevê expressamente o art. 54 da Lei de Locações que deverão prevalecer as obrigações livremente pactuadas pelas partes. Apesar de esse dispositivo afastar consideravelmente o âmbito de aplicação do art. 413 do Código Civil para enaltecer a obrigatoriedade dos contratos e a realidade peculiar do mercado de locação em *shopping center*, não há impedimento para a realização de controle judicial mesmo nesses casos.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça[507] entendeu, no julgamento do REsp nº 1.535.727/RS, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, que o *shopping center* "constitui uma estrutura comercial híbrida e peculiar, um verdadeiro complexo de empreendimentos coordenados e organizados para uma função produtiva" de modo que a relação jurídica vai "muito além da simples locação do espaço destinado às lojas" e que as cláusulas extravagantes "servem para justificar e garantir o fim econômico do empreendimento". Essas considerações foram tomadas na ordem de reconhecer a validade da cláusula de raio nos contratos de *shopping center*.

As observações presentes no julgamento do REsp nº 1.535.727/RS foram igualmente observadas pelo Min. Luis Felipe Salomão no julgamento de outro Recurso Especial, oportunidade na qual se concluiu pela aplicação do art. 413 do Código Civil conjuntamente com o art. 4º da Lei de Locações[508], em pacto locativo de *shopping center,* para realização de controle judicial sobre a multa convencional. Esse segundo caso, identificado pela numeração 1.353.927/SP[509], foi julgado considerando a época na qual o contrato foi firmado e na qual ocorreu o fato gerador da multa, isto é, a resilição contratual. Nesse momento pretérito, a redação do art. 4º da Lei de Locações ainda fazia referência ao art. 924 do Código Civil de 1916.

Isso signfica que tal julgado[510] considerou as disposições doutrinárias aplicáveis à época em que não havia o comando legal expresso do legislador no sentido de que fosse a redução proporcional, como hoje se faz presente no *caput* do art. 4º da Lei de Locações. Assim, entendeu-se que o art. 413 do Código Civil é norma cogente e deve se aplicar sobre os

---

[507] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.535.727/RS*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510634&num_registro=201501306323&data=20160620&formato=PDF> . Acesso em: 2 dez. 2020.

[508] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.353.927/SP*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201967965&dt_publicacao=11/06/2018>. Acesso em: 2 dez. 2020.

[509] Ibid.

[510] Ibid.

pactos locativos de *shopping center*, o que foi feito para reduzir a multa segundo o critério da equidade[511].

A atual redação do art. 4º da Lei de Locações deixou de fazer referência ao art. 924 da Código Civil de 1916 para prever a redução segundo a proporcionalidade, como se observa no segundo capítulo do presente trabalho. Contudo, como visto, a proporcionalidade se aplica apenas como método de manter a regularidade da multa com o cumprimento do contrato[512], o que não resolve os casos nos quais o abuso ou o excesso estejam contidos nos demais parâmetros de cálculo. Em razão disso, embora a redação do aludido dispositivo legal tenha sido modificada, ainda assim o mesmo raciocínio aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça para controle de cláusulas penais nos contratos de locação cabem aos casos contemporâneos, porém, sem ignorar as peculidaridades dos contratos de locação em *shopping center* ou de outras modalidades de locação, em acordo com o caso concreto.

No sentido de que o art. 413 do Código Civil[513] é aplicado pela jurisprudência para fins de controle de cláusulas penais em contratos de locação de *shopping center*, pelo menos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, citam-se os seguintes julgamentos: Apelação Cível nº 0187431-82.2017.8.19.0001, de relatoria do Desembargador Nagib Slaibi[514]; Agravo de Instrumento nº 00050704-69.2019.8.19.0000, julgamento no qual o Desembargador Marco Antonio Ibrahim[515] foi indicado para redigir o acórdão; Apelação Cível n° 0191343-87.2017.8.19.0001, de relatoria do Desembargador Elton M. C. Leme[516]; Apelação Cível nº 0129978-86.2004.8.19.0001, de relatoria do Desembargador Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos[517].

A mesma pesquisa de decisões no portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro localizou um caso no qual se entendeu de modo diverso. No julgamento da

---

[511] Ibid.

[512] Isto é, o parâmetro mutável em acordo com as seções do presente trabalho que antecedem a esta, oportunidade na qual se fala em parâmetros fixos (previsão contratual) e mutáveis de acordo com o adimplemento da obrigação referenciada em cada cláusula penal objeto de estudo.

[513] BRASIL, op. cit., nota 12.

[514] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0187431-82.2017.8.19.0001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044FA3F763DF38450D17FCCEE7A5B3FE81C50D3346465D>. Acesso em: 2 dez. 2020.

[515] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento n° 00050704-69.2019.8.19.0000*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040A0596B9F05FA8C8CB8D9AA7C906A927C50A2915043E> . Acesso em: 2 dez. 2020.

[516] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n° 0191343-87.2017.8.19.0001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000499E1BBB4C8BCEA46CC8895DF306B1758C50960385A28> . Acesso em: 2 dez.2020.

[517] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0129978-86.2004.8.19.0001*. Disponível em: < http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000395EF804C0D6880CDE548CC318D8AED960242C364091E>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Apelação Cível n° 0148241-78.2018.8.19.0001, de relatoria do Des. Sirley Abreu Biondi[518], a conclusão do julgamento foi pela prevalência do art. 54 da Lei de Locações, o que, a princípio, poderia sugerir o afastamento do controle judicial previsto no art. 413 do Código Civil. Não se afastou.

Ocorreu que, em razão de a cláusula discutida no mencionado caso concreto já conter proporcionalidade e ter sido fixada no equivalente à metade dos alugueis que seriam devidos até o final do prazo, entendeu-se pela prevalência do princípio da obrigatoriedade dos contratos e da previsão do art. 54 da Lei de Locações[519], o que representa justamente a parte final do art. 413 do Código Civil, que exige a observação da natureza e da finalidade do negócio para fins de controle. Há de se reiterar, nesse particular, que o controle judicial visa justamente a efetivar a vontade das partes e as legítimas expectativas decorrentes do contrato entabulado entre elas.

Por fim, os parâmetros são outros com relação aos contratos de locação *built to suit*, modalidade descrita no art. 54-A da Lei de Locações[520]. Como defende Sylvio Capanema de Souza[521], o dispositivo não se limita às construções novas, e se aplica à reforma substancial de um prédio já existente. Essa modalidade tem crescido bastante no mercado brasileiro, especialmente no ramo hoteleiro e nos centros empresariais ou de *shoppings*[522], e a construção pode ser feita pelo próprio investidor ou mesmo por terceiro, o que significa incluir o terceiro no contrato.

Em razão da necessidade do locador de reaver o valor que investiu na construção, o prazo previsto no contrato costuma ser longo, por volta de 25 (vinte e cinco) anos[523]. Capanema[524] também expõe que, em razão das peculiaridades dos contratos *built to suit,* o art. 54-A da Lei de Locações[525] amplia a autonomia privada tal como ocorre com a locação nos *shopping centers*. Dessa forma, ao apreciar o caso e a cláusula penal instituída, o magistrado necessariamente deverá considerar o grande risco assumido pelas partes diante das obrigações previstas, especialmente o do locador que necessita receber o retorno do investimento.

---

[518] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº0148241-78.2018.8.19.0001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C946D53B947BAE41852892B38F4445F5C50C610F1922>. Acesso em: 2 dez. 2020.
[519] Ibid.
[520] BRASIL, op. cit., nota 2.
[521] SOUZA, op. cit., p. 275.
[522] Ibid.
[523] Ibid.
[524] Ibid.
[525] Ibid.

Assim quer a própria norma. A Lei de Locações possibilita que a cláusula penal cobre até o limite dos aluguéis que o locador espera receber até o fim do prazo avençado, na forma do art. 54-A, § 2º da Lei de Locações – o que não impede que as partes convencionem montante inferior[526]. Portanto, o legislador considerou que o contrato foi firmado de modo a garantir que o locador terá o retorno do investimento[527], ao passo em que veda o excesso, uma vez que a cláusula penal não pode representar obrigação superior à soma dos alugueis que seriam recebidos.

Tal disposição está de acordo com a previsão do art. 412 do Código Civil, de modo a evitar-se que o locador receba mais do que a obrigação principal, no caso da cláusula penal prevista no art. 4º da Lei de Locações. Sylvio Capanema de Souza[528], ao abordar o controle das cláusulas penais dos contratos de locação da modalidade em comento, afirma que entram em conflito os princípios da força obrigatória dos contratos com o da boa-fé objetiva, mas que, se a lei prevê um mecanismo de controle, não poderia o magistrado modificar a cláusula, "sob pena de colocar em risco o próprio sistema".

No mesmo sentido entende Scavone Junior[529], com acréscimo de que não se deve aplicar o art. 413 do Código Civil em razão do princípio da especialidade. Venosa[530], por outro lado, entende que a disposição contratual "pode vir cercada de fatores que tornem excepcionalmente a multa inócua ou injusta", de modo que a questão deverá ser examinada com cuidado, sob o prisma da boa fé objetiva e da função social do contrato, isto é, de modo contrários aos mencionados autores para permitir o controle judicial.

Como adverte Sylvio Capanema de Souza[531], a matéria é polêmica e são respeitáveis as opiniões em contrário, de modo que será o tempo o agente transformador que revelará a corrente majoritária a ser adotada quanto à modalidade *built to suit*.

[526] SOUZA, op. cit., p. 276.
[527] Ibid.
[528] Ibid.
[529] SCAVONE JUNIOR (org.), op. cit., p. 1.172.
[530] VENOSA, op. cit., p. 280.
[531] SOUZA, op. cit., p. 276.

CONCLUSÃO

O presente trabalho atingiu o precípuo objetivo de descobrir se era possível cumular as duas cláusulas penais objeto de estudo, quais sejam, a penal decorrente do art. 4º da Lei de Locações, aplicável no caso de rescisão antecipada do contrato, e a penal que institui o dever do locatário de avisar com certa antecedência à resilição. Em vias de atingir esse objetivo, o trabalho foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo se debruçou sobre a leitura que a doutrina e a jurisprudência fazem da cláusula penal, o que inclui observações desde a época do Brasil imperial até a contemporaneidade. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, mudou seu entendimento recentemente quanto à cumulação de cláusulas penais e reparação de danos para evitar enriquecimento ilícito em julgado submetido ao regime dos recursos repetitivos, como demonstrado na evolução da apreciação do tema perante a Corte Superior. A mudança de entendimento se deu justamente para evitar o enriquecimento sem causa.

Além disso, o capítulo revela que a doutrina costuma adotar nomenclaturas diferentes ao abordar a natureza jurídica e a função das cláusulas penais. Embora as nomenclaturas sejam diversas, características e pressupostos semelhantes foram constatados, tendo sido possível afirmar a distinção entre as essências punitiva, de pré-avaliação e de reforço. Em 1988, já havia doutrina que falava sobre uma natureza mista, uma vez que a cláusula poderia ser, ao mesmo tempo, de natureza punitiva e de reforço, ou ainda, de natureza de pré-avaliação e de reforço, o que passou a se tratar pela nomenclatura eclética.

Quanto à modalidade das cláusulas penais, observou-se que há certo consenso na doutrina ao referi-las por compensatória à cláusula que substitui a obrigação para convertê-la em perdas e danos, e moratória, à penal que visa a compensar ou punir pelo atraso no cumprimento. Diante da imprecisão na afirmação de que determinada cláusula seria sempre moratória ou compensatória, verificou-se o entendimento de mais de um autor no sentido de que a cláusula poderia variar de acordo com a tônica do caso concreto e de acordo com o interesse do autor no cumprimento da obrigação, de modo que, uma vez presente o interesse, tal cláusula deveria ser entendida como moratória, ou entendida por compensatória em caso contrário.

O segundo capítulo analisou a multa decorrente da resilição da locação pelo locatário, conforme dispõe o art. 4º da Lei de Locações. Verificou-se que tal multa pode ser cobrada ainda que não tenha sido prevista no contrato e que, nessa hipótese, a doutrina faz distinção para esclarecer que não seria propriamente uma cláusula penal, mas sim a

possibilidade de fixação de perdas e danos pelo magistrado com a possibilidade de aplicação de alguns parâmetros diversos, como a redução do tempo proporcional não cumprido caso o locador conseguisse nova locação, ou a modificação do valor caso ultrapassado o prazo para revisão do valor do aluguel. Isso tudo, apenas se houver provocação da parte interessada.

Em consideração ao levantamento feito pelo primeiro capítulo, foi possível considerar tal cláusula como de natureza eclética, uma vez que está presente tanto a essência de reforço da obrigação principal como a de pré-avaliação de danos. Quanto à modalidade, foi classificada compensatória em acordo com entendimento da doutrina. Essa cláusula pode ser afastada em caso de inadimplemento culposo, como entende a doutrina e estabelece expressamente o próprio parágrafo único do art. 4º da Lei de Locações para o caso de transferência definitiva do local de trabalho do locatário. Malgrado fosse dispensável a redação do parágrafo único para a dispensa do pagamento em juízo, tem relevante papel na informação que presta à sociedade e no estabelecimento de um modo e tempo razoável para a notificação prevista.

O terceiro capítulo é o que estudou a cláusula penal que institui o dever de aviso prévio à rescisão antecipada. Tal cláusula não contém previsão legal e representa um costume que, posteriormente, migrou inclusive para o Direito do Trabalho. Em razão disso, procedeu-se à comparação com este ramo do direito em conjunto com as observações da doutrina civilista. A lógica dessa cláusula é, basicamente, a opção do locatário de cumprir o aviso ou de se obrigar pelo equivalente ao período que deveria ter avisado, mas não o fez, isto é, o aluguel e os encargos da locação.

A natureza da cláusula que institui o aviso prévio é também eclética e de modalidade igualmente compensatória, porém, não está voltada para a obrigação principal, mas sim para uma obrigação especial instituída pelas partes com fundamento no Código Civil. Observou-se que a cobrança da cláusula penal deve ser exatamente o período descoberto pelo aviso prévio exigido no contrato e o efetivamente realizado, como forma de evitar o enriquecimento ilícito.

Desse modo, consagrou-se ser incompatível com a natureza dessa cláusula que o locatário fique obrigado a pagar mais do que o equivalente locatício (aluguel e encargos), sendo possível a realização de controle judicial para evitar excesso, se houver. Outro fator de controle judicial deve incidir sobre o período de aviso exigido no contrato, uma vez que, considerada excessivamente longa a antecedência prevista no instrumento contratual, o magistrado pode reduzir o parâmetro, o que terá impacto no valor a ser calculado.

O quarto e último capítulo realizou o confronto das duas cláusulas penais objeto de estudo. Observou-se que, embora contenham natureza jurídica e modalidade semelhantes, isso

não representa óbice para a sua instituição simultânea no contrato, afinal, as cláusulas em comento possuem fatos geradores diferentes, uma sobre a rescisão antecipada consoante art. 4º da Lei de Locações, e outra sobre o não aviso, isto é, o descumprimento de uma obrigação especial assumida no contrato.

Foi esclarecida a possibilidade de existir cenário fático no qual uma cláusula pode ser cobrada e a outra não, embora ambas previstas, como por exemplo o contrato que vigorar por prazo indeterminado, ou ainda, uma das obrigações referenciadas em cada cláusula ser cumprida e outra não, como é o caso do locatário que avisa com a antecedência exigida, mas ainda assim opta pela rescisão antecipada, dentre outras hipóteses.

Procedeu-se igualmente à análise do dano pré-avaliado em cada cláusula em cotejo com o comportamento esperado do locatário, oportunidade na qual se formulou a ressalva de não pretender-se estabelecer toda a dimensão do prejuízo que poderia ou não a parte sofrer, uma vez que o intuito foi construir uma ponte entre a ótica do que cada uma das cláusulas em representa e a influência na vontade e na legítima da expectativa das partes. Assim, tal capítulo revelou que o dano albergado pela cláusula prevista no art. 4º da Lei de Locações é o impedimento ao remanejamento gradual dos recursos necessários para fazer frente às obrigações relativas ao imóvel e à sua exploração econômica.

Em contrapartida, o dano pré-avaliado na cláusula que exige o aviso prévio à resilição contém um comando implícito ao locatário, no sentido de não deixar o locador desavisado, sob pena de se arcar com o prejuízo equivalente. O risco considerado foi o imóvel deixar de render frutos ao locador na iminência da desocupação, o que representa graves prejuízos em termos atuais de mercado. Desse modo, concluiu-se que não há *bis in idem* na disposição ou na aplicação simultânea das mencionadas cláusulas, uma vez que se reportam a obrigações e a danos diversos, com parâmetros de cálculo da mesma forma distoantes ainda que a data da desocupação seja um marco temporal em comum.

Diante disso, o último capítulo também abordou que o controle judicial sobre cada cláusula deverá se dar individualmente, em outras palavras, sobre cada uma das cláusulas de forma independente. O controle igualmente deve verificar as peculiaridades apontadas nos capítulos antecedentes em conjunto com os artigos 412 e 413 do Código Civil, bem como as cláusulas gerais de boa-fé e de função social do contrato, além da vedação ao enriquecimento sem causa. Igualmente se fez constar a necessidade de observação das modalidades locatícias residencial, por temporada, não residencial, comercial, em *shopping center* e *built to suit*, no controle, já que cada uma traz atributos e integram realidades diferenciadas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar (Org.). *IV Jornada de Direito Civil,* V. I. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense,1960.

BRASIL. *Código Civil,* de 1º jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019.

_____. *Código de processo civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ _ato2015-2018/2015/lei /l13105.htm>. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de direito civil*, enunciado 25. Disponível em: <https: //www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/671>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. *Lei nº 6.899*, de 8 abril de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/leis/ L6899.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. *Lei nº 8.245,* de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/leis /l82 45.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. *Lei nº 12.112,* de 9 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/_a to2007-2010/2009/lei/l12112.htm>. Acesso em: 9 nov. 2019.

_____. *Lei nº 12.744,* de 19 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12744.htm>. Acesso em: 9 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgIn nos Ed no REsp 1617757.* Relator: Min. Moura Ribeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/ mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=89118295&registro_numero=20 1601993047&peticao_numero=201800377461&publicacao_data=20181025&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 883.288*. Relator: Min. Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro= 201600657588&dt_pu blicacao=23/05/2017> . Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 885.555*. Disponível em: <https://ww2.stj. jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201600703852&dt_publicacao=29/04/ 2016>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 904.584/DF*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&comp onente=MON&sequencial=64174076&num_registro=201600992597&data=20160824>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 1.509.982/SE*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201901481080&dt_publicacao=16/08/2019>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 11.527*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100108898&dt_publicacao=11-05-1992&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 734.520/MG*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=703320&num_registro=200500411126&data=20071015&formato=PDF>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.335.617/SP*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201101064870.REG.>. Acesso em: 1º jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.355.554/RJ*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201200981852.REG.>. Acesso em: 1º jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.353.927/SP*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201967965&dt_publicacao=11/06/2018>. Acesso em: 2 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.535.727/RS*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510634&num_registro=201501306323&data=20160620&formato=PDF>. Acesso em: 2 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.635.428/SC*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF>. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do superior tribunal de justiça.* Brasília: STJ, 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em: 17 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento n° 00050704-69.2019.8.19.0000*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040A0596B9F05FA8C8CB8D9AA7C906A927C50A2915043E>. Acesso em: 2 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0007361-87.2005.8.19.0002*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032978B5335E29AD5AAF37E97CA6EB9EF51CC402393013>. Acesso em: 2 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0011209-98.2018.8.19.0205*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045BF6A11985E0131A6180F47999F39C2AC50C0405374D>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0129978-86.2004.8.19.0001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000395EF804C0D6880CDE548CC318D8AED960242C364091E>. Acesso em: 2 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0148241-78.2018.8.19.0001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C946D53B947BAE 41852892B38F4445F5C50C610F1922>. Acesso em: 2 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0187431-82.2017.8.19.0001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044FA3F763DF38450D17FCCEE7A5B3FE81C50D3346465D>. Acesso em: 2 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível n° 0191343-87.2017.8.19.0001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000499E1BBB4C8BCEA46CC8895DF306B1758C50960385A28>. Acesso em: 2 dez.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0479028-56.2014.8.19.0 001*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID =00047BF07755E8A 3D30 EAAD4424164771EF3C5063B3E1933>. Acesso em: 22 nov. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula da Jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/71563/sumula -tjerj-anotada.pdf?=v10>. Acesso em: 22 nov. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de instrumento n° 0062384-82.2012.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5869288&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_52cc3f0c57cb40dba44f1a7c0ca4a952&grecaptcharesponse=03AGdBq26XqMp7q6bFKwi5SmPwAx4xYNxdW90BPXUmMItg36KaJYuhjYEogT9PcztNbuPv9oUSPVNjvh0B7IRj6G3kcHBbJqhAlyf_HoyS1a7mHv1dr90cI7BBFrLGV8tasa5f39tjokQXvOORTBjxEXY55e1rbLBe2GpGP40q2pn2mF1HenavORHOgfKhR5y_NVqRXV3ACYxLdvlDp5sZlwYAkbtAn0WsTeuBiQkqz7_VKxuFFLAlZ0IxU1CMeY5Y1fjyJuB6KOw3jgEAWtFLgiRG1zLhuFHkMu5D06YaMmVY764bBkAaLsaHlUy6wHCuElpcR_dbgNBfmb4sSkXy3bMQI8nOnzvC4ED4KB6Z8BfskWPre1S7d6JMJ5SdsFaMKv8qoGcnFL8uLRm7OxL5DTScrO3qEFSYMx9AfZtb9IF8IbA49qDZZvik2XvV78J45XXsXBK5lRdGU0KVnZz8vv9nbjF9Nk598cYyR5S6Wph0YDzj383FBUMJuz_kI6eABFuoc54LFye9ddR_oM35e8PgThw>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de instrumento nº 2014164-38.2020.8.26.0000.* Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13464252&cdForo=0>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível nº 1000038-44.2018.8.26.0590.* Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13518908&cdForo=0>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação com revisão nº 903.765-0/7.* Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2336996&cdForo=0>. Acesso em: 14 dez. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 3ª ed. rev. atual. Niterói: Impetus, 2009.

CASSETARI, Christiano. *Multa contratual:* teoria e prática da cláusula penal. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CERQUEIRA, João da Gama. A redução proporcional da multa nos contratos de locação. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, *Revista dos Tribunais Online*, V. II, 2011, p. 1.183-1.187. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document#>. Acesso mediante senha em: 26 mai. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GALLOTTI, Isabel. A incorporação imobiliária na perspectiva do STJ: a proteção do consumidor – harmonização dos interesses coletivo e individual. *Doutrina – edição comemorativa 30 anos do STJ*. Brasília, p. 777- 789, mai. 2019.

GOMES, Orlando. *Obrigações.* 18 ed. rev. e atual. atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

KELETI, Daniel de Leão. *Cláusula penal no código civil*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni, 2007. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040755.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil:* obrigações em geral. 7ª ed. rev. e atual., V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LOURENÇO, Lúcio Augusto Pimentel. Teoria pura do direito (segundo o pensamento de Hans Kelsen). *Revista jurídica JURISMAT,* nº 10, p. 49-70, Portugal, Portimão, 2017. Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/8139/Teoria%20Pura%20do%20Direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil,* V. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTEIRO, Antônio Pinto. Responsabilidade Contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 7, nº 26, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado.* 12ª ed. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001725ca46e1af9d5649f&docguid=I95f750c0248e11e9a0ba010000000000&hitguid=I95f750c0248e11e9a0ba010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=55&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso mediante senha em: 28 mai. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil de acordo com o código civil de 2002*. 20ª ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Lisia Carla Vieira. O código civil de 2002: princípios básicos e cláusulas gerais. *Curso de 10 anos do código civil, aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. EMERJ, Série aperfeiçoamento de magistrados 13, V. I, p. 179-194, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2020.

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

_____. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais, 2ª ed. Indaituba: Foco, 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio (Org.). *Lei do inquilinato comentada artigo por artigo*: visão atual na doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Direito Imobiliário*: teoria e prática. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SENADO FEDERAL. *Código civil quadro comparativo 1916/2002*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*: artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SLAIBI FILHO, Nagib; NAVARRO DE SÁ, Romar. *Comentários à lei do inquilinato.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEIXEIRA, Mônica Ribeiro. Inadimplemento das Obrigações. *Curso de 10 anos do código civil, aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. EMERJ, Série aperfeiçoamento de magistrados 13, V. II, p. 90-97, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volII_90.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TEPEDINO, Gustavo (Coord). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; SCHREIBER, Anderson. *código civil comentado:* direito das obrigações, V. IV. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada:* doutrina e prática: Lei nº 8.245 de 18-19-1991, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.