FGV Direito SP

Mestrado Profissional

Das Cláusulas Penais em Contratos de Locação Comercial e a Possibilidade de Ocorrência de *Bis in Idem*

Raphael Augusto Caramuru Fernandes

Projeto de pesquisa apresentado ao Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 13 de outubro de 2021

1. Tema, contexto, questão central de pesquisa

O presente trabalho é desenvolvido no contexto dos Contratos de Locação Comercial, cujos objetos são imóveis corporativos de grande porte, como edifícios monousuários, plantas industriais e galpões logísticos.

Nesse contexto, as preocupações das partes contratantes tendem a seguir na mesma direção dos contratos comerciais cujos imóveis possuem menor expressão física, seguindo na linha: do pagamento pontual do aluguel mensal; da manutenção e conservação do imóvel para sua restituição; ou do pagamento da multa contratualmente estipulada em caso de rescisão antecipada.

Entretanto, dadas as características dos imóveis locados, além das preocupações ordinárias, surgem outras questões que precisam ser endereçadas: o tempo necessário para reinserção do imóvel no mercado e a celebração de uma nova locação, considerando a menor quantidade de possíveis locatários; a manutenção preventiva dos equipamentos disponibilizados no imóvel, de forma a prolongar a vida útil desses e evitar custos de reposição e/ou reforma quando da devolução do imóvel; a certeza de que o locatário desocupará o imóvel na data pactuada; o risco moral inerente à concessão de descontos e carências nos meses (ou anos) iniciais do prazo locatício.

Tais questões, dentro da dinâmica negocial das partes, resultam na criação de obrigações acessórias ao pacto locatício, como a estipulação de um aviso prévio que deve ser cumprido pelo locatário em caso de rescisão antecipada; obrigação do locatário de realizar as manutenções dos equipamentos e estruturas ali contidas, numa periodicidade preestabelecida; pagamento dos valores referentes aos descontos e carências concedidos em caso de rescisão antecipada.

Uma vez negociada e aceita a constituição de tais obrigações por ambas as Partes, natural seria o locador pensar em mecanismos que venham a incentivar e/ou garantir uma indenização em caso de descumprimento de uma ou mais de tais obrigações pelo locatário. Nesse contexto está inserida a cláusula penal e sua importância para os pactos locatícios dessa natureza.

Acerca das cláusulas penais e, em apertada síntese, essas têm dois objetivos distintos - De um lado, buscam criar um incentivo contratual para o adimplemento pela Parte de uma ou mais obrigações. Por outro lado, face ao inadimplemento da Parte, traz

um valor de indenização predeterminado, de forma que desde o nascimento do pacto já resta definida a indenização que deverá ser paga pela Parte infratora.

O problema que pretendemos trabalhar em nossa pesquisa, tem sua origem exatamente na vinculação de cláusulas penais, ou às vezes apenas de uma cláusula penal genérica (três aluguéis), para todos os tipos de obrigações acima descritas.

Procedendo dessa forma, diante de uma situação de litígio, em geral há quebra de uma série de obrigações pelo locatário, o que, em tese, resultaria na aplicação de uma variedade de cláusulas penais, ou ainda, a depender da forma que o contrato foi elaborado, na mesma cláusula penal mais de uma vez.

Dentro desse cenário, alguns Tribunais de Justiça têm se posicionado no sentido de não aceitarem a imputação de mais de uma cláusula penal ao julgar demandas que tratam da rescisão de contrato de locação, por entenderem que tal ato implicaria em *bis in idem*, em que pese a argumentação de que as cláusulas penais são vinculadas a obrigações distintas, as quais foram simultaneamente descumpridas.

A vedação da cobrança de diferentes multas com fundamento no *bis in idem* ocorreu nas seguintes situações: cobrança de multa moratória incidente no aluguel mensal inadimplido e de multa rescisória, decorrente da rescisão do Contrato de Locação por falta de pagamento; cobrança de multa por infração contratual decorrente da não apresentação de garantia contratual (no caso fiança locatícia) e da multa rescisória decorrente da rescisão do contrato de locação por falta de pagamento, onde tivemos a decretação de despejo liminar por conta da ausência de garantia; cobrança de multa por rescisão antecipada e da multa por descumprimento do aviso prévio.

Nas demandas em que as situações acima ocorreram, não há uma clara argumentação realizada pelos tribunais, no sentido de aprofundar o debate e desenvolver o raciocínio jurídico que sustenta a afirmação do *bis in idem*. Ainda assim, podemos inferir que como as cláusulas penais passam a incidir em um momento de rescisão do contrato de locação, seja pela via extrajudicial ou via judicial, tal correlação seria o que resultou na sustentação de que existiria um *bis in idem*.

Na mesma linha, poderia ser consequente do fato de que as rescisões decorreram, inicialmente, do evento do não pagamento do aluguel mensal, de sorte que há possibilidade de entendimento de que o fato gerador (inadimplência do aluguel mensal)

em todos os casos seria o mesmo, razão pela qual estaríamos diante de *bis in idem*. Antecipando brevemente o debate, ainda que essa fosse a sustentação, há necessidade de ponderar que a cláusula penal incide em função da obrigação descumprida, de sorte que, ao meu juízo, em um caso de aplicação de multa moratória sobre o aluguel mensal e multa rescisória, estaríamos diante de obrigações distintas (de um lado aluguel mensal e de outro prazo locatício), além do fato de uma das multas ter caráter punitivo e a outra ter caráter compensatório.

Isso posto, o que se propõe como objeto de pesquisa é: de um lado identificar as diferentes espécies de cláusulas penais que podem ser constituídas em um contrato de locação, bem como as respectivas obrigações a elas relativas; e do outro lado, desenvolver um estudo acerca das cláusulas penais, visando entender a concepção teórica das hipóteses em que poderia ocorrer *bis in idem*, incluindo nesse contexto uma pesquisa jurisprudencial ampla para verificar a existência de fundamentação adequada acerca de sua ocorrência, bem como outras situações em que se considerou a ocorrência do *bis in idem*.

Com base em tal estudo, buscar-se-á elaborar as diretrizes básicas para a formulação, pelos operadores do direito, de cláusulas penais em contratos de locação, visando evitar a ocorrência de *bis in idem*, assim como criar subsídio para a sustentação de aplicação de tais cláusulas no evento de inadimplência e litígio entre locador e locatário.

Entendemos que o estudo servirá tanto para o Locador, o qual poderá resguardar e constituir cláusulas judicialmente exigíveis, como para o Locatário, que terá condições de verificar cláusulas penais que possam ser discutidas e não aplicadas. Nessa linha, a pretensão com a realização do trabalho de pesquisa acima descrito, além da produção do Trabalho de Conclusão do Mestrado Profissional, seria a criação de um sumário executivo com as principais diretrizes para incorporação das conclusões obtidas pelo estudo nos contratos de locação comercial.

Dito sumário executivo tem como objetivo possibilitar a profissionais que atuem no mercado imobiliário, e que não sejam necessariamente advogados, um entendimento basilar da matéria, de forma que por ocasião da estipulação das condições comerciais, antes da celebração do contrato de locação, as partes já tenham condições de negociar pontos que sejam ou não exigíveis.

Nestes termos, propomos a realização dos estudos dentro do escopo acima descrito, o qual entendemos tratar, primordialmente, de trabalho exploratório.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

2.1 Quais são as obrigações principais e acessórias em contratos de locação típicos que tenham por objeto imóveis de grande porte (plantas industriais, galpões logísticos e prédios monousuários)?

- Levantamento através de acervo pessoal;
- Verificação da possibilidade de obtenção de contratos de locação, ou minutas padronizadas.

2.2 Quais as cláusulas penais vinculadas às citadas obrigações principais e acessórias?

- Avaliação com base em análise de práticas de mercado e experiência profissional;
- Levantamento teórico sobre a possibilidade de constituição de cláusulas penais.

2.3 Quais são os conceitos basilares das cláusulas penais no Direito Brasileiro?

- Análise da doutrina, incluindo trabalhos acadêmicos;
- Análise da Legislação Brasileira.

2.4 Com base na Doutrina analisada, o que constitui um *bis in idem*?

2.5 Quais os casos em que os tribunais consideraram a ocorrência do *bis in idem*? Quais as hipóteses fáticas trabalhadas nesses casos?

- Verificação da jurisprudência de tribunais superiores – visão dogmática teórica;
- Verificação da jurisprudência dos tribunais – visão fática dos eventos.

2.6 A fundamentação utilizada para justificar a ocorrência de *bis in idem* pelos tribunais (2.5) é harmônica em relação à doutrina (2.4)? e

2.6.1 Caso as respostas aos questionamentos em 2.5 sejam afirmativas, levantar os principais pontos que acarretam em *bis in idem*.

2.6.2 Caso as respostas ao questionamento em 2.5 sejam negativas, ou ainda inconclusivas, levantar traçar os principais pontos de doutrina e jurisprudência, em parelho, identificando aqueles que são simétricos. Em relação aos assimétricos, buscar compreender a fundamentação e verificar possibilidade de desvio, realizando a crítica pertinente.

2.7 Identificação de quais cláusulas penais utilizadas nos contratos de locação podem acarretar em *bis in idem*.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Contratos, ao estabelecerem normas entre as partes, criam consequências para ações e eventos futuros, dando previsibilidade às Partes, de forma que passam a ser essenciais ao desenvolvimento da atividade econômica. Em sentido amplo, contratos que estabelecem normas conflitantes, acabam por ferir a previsibilidade, causando o efeito inverso ao inicialmente pretendido.

Em se tratando de cláusulas penais, a ruptura com a expectativa de uma das Partes, acaba por gerar impactos na forma em que as Partes modulam seus negócios, uma vez que as premissas sobre as quais esses eram realizados deixam de ter a devida solidez.

Portanto, ao elaborarmos um trabalho de pesquisa que busque trazer um caminho onde as Partes podem ou não celebrar seus pactos, contribuiremos diretamente para a celebração de negócios com maior solidez.

Em relação ao caráter inovador, não identificamos trabalhos acadêmicos que tenham seguido nessa linha, em especial em relação ao tema proposto (contratos de locação de imóveis de grande porte).

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Tenho como especialidade a atuação em direito imobiliário, tanto na área de consultoria, como na área contenciosa, envolvendo especialmente litígios advindos de contratos de locação ou compra e venda de imóveis.

Nesse contexto de atuação, temos vislumbrado julgados que trataram da questão do *bis in idem*, porém sem prover o adequado fundamento da razão de tal tratamento, de

forma que, mesmo se o julgamento de *bis in idem* fosse correto, não há como entender a sua razão, no sentido de adequar os contratos.

5. Bibliografia Básica

ARGUELLO, Ana Luiza Tesser; PELA, Juliana Krueger. A cláusula penal nos contratos empresariais. 2018.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

CARVALHO, Thomas Alexandre de; SIMÃO, José Fernando. Critérios de modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil brasileiro. 2018.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

CASSETTARI, C. Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal. 3. ed. rev. atual. [s. l.]: Revista dos Tribunais, 2012.

COSTA, J. M. Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Volume V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009 (2ª edição)

DINIZ, M. H. – Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada – 12ª Edição – 2012

MONTEIRO, A. P. **Cláusula penal e indemnização**. *[s. l.]*: Almedina, 1999

OLIVEIRA, C. D. da C. A Cláusula Penal – condições para a sua admissibilidade. [s. l.], 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SÁ, A. de. Cláusula penal e cláusulas contratuais gerais. [s. l.], 2018.

6. **Cronograma de execução**

	2021					2022									
Atividade	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	Horas
Complementação de bibliografia															12h
Análise de legislação															6h
Revisão bibliográfica															90h
Busca Jurisprudencial															30h
Início da Redação															180h
Entrega da Versão Preliminar															•
Entrega da Versão Intermediária															•

	2022			2023		
Atividade	10	11	12	1	1	Horas
Início da Redação						180h
Entrega da Versão Final						•