

A RETENÇÃO DAS ARRAS CONFIRMATÓRIAS SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

THE RETENTION OF CONFIRMATORY ARRAS FROM THE PERSPECTIVE OF CONSUMER LAW AND JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDING

Julia Chassot Loureiro Maineri*

Yasmin Saba**

RESUMO

O presente artigo examina a possibilidade de retenção das arras confirmatórias em casos de rescisão e resolução contratual, mediante a análise de suas funções, comparando-as, ainda, com o instituto das arras penitenciais e à obrigação acessória que constitui a cláusula penal. Para isso, foram analisadas as diferentes interpretações concedidas aos artigos 417 e 418 do Código Civil, bem como ao artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, traçando-se as similitudes e as diferenças que se verificam na doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz das relações consumeristas neste âmbito. Dessa forma, utilizando como método de pesquisa o hipotético-dedutivo, e como técnicas a da pesquisa jurisprudencial, doutrinária, legislativa e a do referente, concluiu-se que há pacificação jurisprudencial acerca da impossibilidade de retenção de arras confirmatórias, que vai em sentido contrário à posição doutrinária. Observou-se, ainda, a existência do marco jurisprudencial que sedimentou tal entendimento, que foi o julgado AgInt no AgRg no REsp 1.197.860/SC. Com efeito, é possível ver duas fases na análise jurisprudencial de 57 decisões do STJ acerca do tema. Na primeira fase, antes do julgado supracitado, de 20 decisões, 10 decidiram pela retenção do valor pago a título de sinal (confirmatório), e 10 pela devolução a quem deu as arras, contudo. Contudo na segunda fase, após o julgado, houve significativa mudança quantitativa, na qual em 37 decisões, 30 não permitiram a retenção de arras confirmatórias, e, em 7, se permitiu, sendo 6 parcialmente e 1 integralmente.

PALAVRAS-CHAVE

Arras — Arras confirmatórias — Cláusula penal — Inadimplemento — Segurança Jurídica — Divergência jurisprudencial — Direito do Consumidor - Compra e venda.

SUMÁRIO

ABSTRACT

This article examines the possibility of retaining confirmatory arras in cases of rescission and contractual resolution, by analyzing their functions, comparing them, still, with the institute of penitential arras and the accessory obligation that constitutes the penal clause. For this, the different interpretations granted to articles 417 and 418 of the Civil Code, as well as to article 53 of the Consumer Defense Code, were analyzed, tracing the similarities and differences that are verified in the doctrine and jurisprudence of the Superior Court of Justice in the light of consumer relations in this area. Thus, using the hypothetical-deductive research method, and the jurisprudential, doctrinal, legislative and referent research as techniques, it was concluded that there is jurisprudence pacification about the impossibility of retaining confirmatory evidence, which goes in the opposite direction to the doctrinal position. The existence of the jurisprudential framework that consolidated such understanding was also observed, which was the judgment AgInt in AgRg in REsp 1.197.860/SC. Indeed, it is possible to see two phases in the jurisprudential analysis of 57 STJ decisions on the subject. In the first phase, before the aforementioned judgment, out of 20 decisions, 10 decided to withhold the amount paid as a sign (confirmatory), and 10 to return it to whoever gave the arras, however. However, in the second phase, after the judgment, there was a significant quantitative change, in which in 37 decisions, 30 did not allow the retention of confirmatory documents, and, in 7, it was allowed, being 6 partially and 1 fully.

KEYWORDS

Arras — Confirmatory arras — Penal clause — Default — Legal security — Jurisprudential divergence — Consumer law — Buy and sell

* Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Atualmente é Estagiária da Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Memorial do Judiciário.

** Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Atualmente é estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado.

Introdução. 1. Arras. 1.1 Conceito e breves considerações históricas. 1.2 Arras no âmbito do Direito do Consumidor. 2. Entendimento doutrinário e legislativo acerca das retenções das arras. 3. Entendimento jurisprudencial acerca da retenção das arras. 3.1 Divergência jurisprudencial. 3.1.1 Fundamentos das decisões que não permitiram a retenção das arras confirmatórias. 3.1.2 Controvérsias acerca do cálculo indenizatório e cláusulas penais. 3.2.1 Fundamentos das decisões que permitiram a retenção das arras confirmatórias. 3.2.2 Fundamentos das decisões que permitiram a retenção parcial e a redução equitativa. Considerações finais. Referências bibliográficas. 2.2. Pós-fordismo. Conclusão. Referências bibliográficas.

REFERÊNCIA: MAINERI, Julia Chassot Loureiro.; SABA, Yasmin. A retenção das arras confirmatórias sob a ótica do Direito do Consumidor e do entendimento jurisprudencial. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 6, n. 2, Porto Alegre, p. 221-238, mai. 2022.

INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo contemporânea demanda a perquirição das circunstâncias fáticas que envolvem a celebração dos negócios jurídicos, especialmente dos contratos de compra e venda que contêm a presença da figura das arras confirmatórias no momento da constituição da obrigação, a fim de permitir que daí se extraiam as consequências práticas da retenção de seu valor, quando consistente em quantia em dinheiro.

As arras, ou sinal (na linguagem popular) podem ser definidas como a quantia ou o objeto dado por uma das partes de um contrato ou obrigação à outra, de forma antecipada, como forma de definir as consequências do descumprimento do contrato ou, até mesmo, para criar um direito de arrependimento (PEREIRA, 2001, p. 57). Atua, pois, não somente como reforço nos contratos bilaterais e comutativos, indicando a realização definitiva do concurso de vontades, ao firmar a presunção de acordo final, devendo, em caso de execução, ser restituído ou computado na prestação devida, se do mesmo gênero da principal (CC, art. 417), mas também como garantia ao pontual do cumprimento da obrigação avençada, haja vista que se pode convencionar a possibilidade do desfazimento do contrato por qualquer das partes, hipótese em que terá função indenizatória.

Além do mais, ainda que não seja comum, nada impede sua dação em negócios unilaterais como, por exemplo, declaração de promessa de recompensa (MARTINS-COSTA, 2008, p. 734), que seria “*como quem promete recompensa e deposita algo para que não se deixe de crer na sua responsabilidade, ou deposita como começo de adimplemento, ou como arras simplesmente confirmatórias*” (PONTES, 1959. p. 161). Assim, aquele que deu o perderá para outro e o que recebeu o devolverá mais o equivalente, não havendo, em qualquer caso,

direito à indenização suplementar (CC, art. 420), assegurando às partes o direito de arrependimento (ROMANO, 2019).¹

Extraem-se, a partir daí, dois atributos fundamentais: a tradição do bem oferecido - ato real — e a constituição de direitos que dependam da convenção entre as partes, já que inserida no negócio jurídico celebrado (MATOS, 2020, p. 296). Nesse contexto, ressalta-se que o ato jurídico de constituição das arras não possui caráter autônomo ou principal, sendo, a bem da verdade, ato acessório a um negócio ou a uma obrigação principal (SILVA, 2007, p. 294-295). Tal acessoriedade configura uma de suas principais características, pois seus efeitos e seu funcionamento estão intimamente ligados aos do negócio ou da obrigação que estiver assegurando.

Dito isso, o referido montante poderá coincidir, com a entrega, na própria prestação, de modo que neste caso será considerada como antecipação do cumprimento (MIRAGEM, 2017, p. 611), e, conforme o disposto no artigo 417 do Código Civil, sem distinção entre suas espécies, “[S]e por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal”.

Todavia, destaca-se a notória divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, na medida em que se constata a defesa, por um lado, da impossibilidade de retenção das arras em caso de inadimplemento, em virtude de “*não se confundirem com a prefixação de perdas e danos, tal como ocorre com o instituto das arras penitenciais, visto que servem como garantia do negócio e possuem característica de início de pagamento*”, segundo precedente de relatoria do Ministro Luis Carlos Felipe Salomão.² Por outro, o entendimento de que “*constituem o valor pago por um dos contratantes como garantia do negócio, servindo de princípio de pagamento e prefixação do montante mínimo das perdas e danos devidos pelo eventual descumprimento da avença*”³, havendo possibilidade de sua retenção.

Com efeito, não há, no Código Civil, exclusividade no direito de arrependimento, que constituiria as arras penitenciais, conforme a doutrina, e a retenção das arras confirmatórias, de modo que, na prática, se quem não executou o contrato foi quem as deu, é facultada à outra parte tê-lo por desfeito, retendo-as. Nesse âmbito, prevê-se, ainda, a possibilidade dada a parte

¹ ROMANO, Rogério Tadeu. Arras: natureza e espécies. *Revista Jus Navigandi*, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72242>>. Acesso em: 29/07/2021.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso especial REsp 1836510/ SP. 4º Turma. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, 19 de abril de 2021

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1186036/ DF. 4º Turma. Relator Ministro Marco Buzzi, 18 de fevereiro de 2020.

inocente requerer indenização suplementar, caso se prove maior prejuízo do inadimplemento, e exigir a execução contratual, com as perdas e danos, valendo o sinal como mínimo de indenização.⁴

Ocorre que, do extenso exame comparativo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, mediante recorte temporal do ano de 2002 a 2021, verifica-se certa divergência acerca das funções atribuídas às arras confirmatórias, especialmente nas relações consumeristas. Isso porque, uma vez desfeito o negócio jurídico, há diferentes entendimentos sobre a retenção do sinal, de modo que, dos acórdãos analisados, observa-se a possibilidade de sua devolução integral, parcial, perda total em favor de quem sofreu o inadimplemento ou da redução equitativa, em consonância com o disposto no artigo 413 do Código Civil, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

No caso de serem restituídas em contrato de compra e venda de imóvel, a título exemplificativo, há quem defenda que, por ocasião da rescisão, o valor dado a título de sinal (arras) deve ser restituído ao *reus debendi*, sob pena de enriquecimento sem causa. Nesse contexto, as decisões são em sua grande parte amparadas conforme o disposto no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a nulidade de pleno direito das cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado, por considerá-las abusivas⁵, mesmo que o valor do sinal não constitua a totalidade das prestações, gerando controvérsias.

Outrossim, igualmente restam amparadas decisões de mesma natureza em consonância com a Súmula 543 do STJ, porém no entendimento de ser cabível a retenção parcial, pelo vendedor/construtor, em contratos de compra e venda submetidos ao CDC, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.⁶ De outra banda, igualmente se constata o cenário cuja retenção integral em favor da parte “inocente” tem lugar, considerando que a quantia ou bem atua como indenização prefixada na hipótese de inadimplemento, funcionando como uma espécie de cláusula penal compensatória.⁷

⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

⁵ BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor

⁶ BRASIL. STJ. SÚMULA 543. Segunda Seção. Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1617652/ DF. 4º Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 26 de setembro de 2017.

Nestes lindes, cabe destacar que, nos casos de promessa de compra e venda de bem imóvel que estão em construção, a qual é regida pela Lei 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, devem ser consideradas, no caso de rescisão e resolução de contratos com a presença do instituto das arras confirmatórias, as disposições acerca da retenção de valores no referido dispositivo legal.

Cabe mencionar, ainda, que, na circunstância de não cumprimento de uma obrigação que lhe cabe no acordo, dando causa à resolução do contrato, por quem recebeu o valor correspondente ao sinal, resta incontroversa a necessidade de devolução mais o equivalente, com atualização monetária, juros e honorários advocatícios, conforme o artigo 418, do Código Civil.

Com efeito, o presente artigo busca responder, através da acurada análise jurisprudencial, quais são as consequências práticas do arrependimento do contrato entre as partes, especialmente naqueles de compra e venda, a respeito da licitude da retenção - ou não - dos valores correspondentes às arras confirmatórias, objetivando a aferição da hipotética afronta ao princípio constitucional da segurança jurídica, bem como à proteção do vulnerável, mediante as divergências doutrinárias e jurisprudenciais observadas.

1 ARRAS

1.1 Conceito e breves considerações históricas

O conceito de arras adveio do latim *arrha*, que enseja penhor, no sentido de garantia; tal instituto milenar inscreve-se em diversos ordenamentos ao redor do mundo, mantendo seu significado puro e garantista no arcabouço jurídico. Sua origem provável se deu no Direito de Família, antes mesmo do uso no âmbito do Direito das Obrigações, tendo em vista que já era aplicado nos contratos esponsalícios, em um paralelismo com o dote.

Com a complexidade das relações sociais posteriores, a troca *in specie* se tornou insuficiente para abranger o negócio jurídico (PEREIRA, 2001, tomo XL), de forma que tal instituto foi transportado também para o direito obrigacional, como uma forma de garantir a solidez e a perfeição do contrato, pelo pacto do avençado ou reforço. Tal instrumento se afigurava, desde o princípio, como responsável acessório, pois sempre acompanhado de uma obrigação principal, bem como ato jurídico *real quoad constitutionem* (OLIVEIRA, 2008, p. 10-13), ou seja, um negócio jurídico que necessitava da prática de certo ato material para sua constituição, consistente na entrega.

Posteriormente, no Direito romano pré-justiniano, foram de igual forma atribuído às arras o sentido assecuratório, garantindo que tal contrato fosse executado através de sinais exteriores que afirmassem sua existência (MIRAGEM, 2017, p. 385), embora tal formalidade não fosse obrigatória para vinculação. Tal sinal correspondia respectivamente à entrega, seja de soma de dinheiro, coisa móvel - como um anel de promessa de um futuro casamento —, *arrha in signum consensus interpositi data* (arra em sinal de consenso sobre interposta data).

Entretanto, é provável que somente no período da Idade Média tenha se iniciado a indicação e os estudos a respeito das lacunas e incongruências deste instituto, nas quais os glosadores e comentadores empenhavam seus esforços para solucioná-las. Constituíram-se, a partir daí, duas escolas que caracterizaram as arras, partindo da perfeição ou não dos contratos ajustados, sendo a primeira a dos comentadores, entendendo a função do instituto de modo inovador, a tudo o que o direito quirritário delineou, como de retratação do ajustado.

Nesse sentido, quem após a entrega se arrependesse do negócio, tinha as arras retidas pelo outro contratante, a fim de punir o inadimplemento e prever em si o arrependimento, bem como para estimar o dano, motivo pelo qual se deu a denominação *arra poenalis* ou arras penitenciais, ou ainda, se quem se arrepende é aquele que recebeu as arras, deveria devolvê-las em dobro (*arra poenitentialis*) (MIRAGEM, 2017, p. 385). Por outro lado, a segunda escola de glosadores argumentava que, ao serem devolvidas após provada perfeição do pactuado, de maneira a confirmar o contrato, constituíam seu aspecto confirmatório.

Por conseguinte, o entendimento da diferença de suas funções e objetivos possibilita a distinção de suas respectivas naturezas, porquanto o sinal dado a título confirmatório do vínculo estabelecido importava tão somente em papel de reforço e resguardo do contrato. Por outro lado, as designadas arras penitenciais iriam pela via oposta, oportunizando o arrependimento do pacto e, com isso, enfraqueciam, em tese, a obrigação, embora fossem capazes de resguardar o equilíbrio contratual, haja vista que estimava previamente as perdas advindas do arrependimento.

Tal instituto se encontra presente nos códigos modernos, como no brasileiro, em que foi incorporado ainda no Código Civil de 1916, na parte relativa aos contratos, disciplinado nos arts. 1.094 a 1.097, no qual se enfatizava o caráter de instrumento preparatório na celebração contratual. Entretanto, é no Código Civil de 2002 que foi transferido para o Direito das Obrigações, com enfoque em seu caráter de pré-fixação de indenização dos danos sofridos pela parte inocente, na hipótese de o contrato não ser adimplido.

Nesse sentido, importa salientar o relevante papel desempenhado pelo Código Civil Italiano na superação do entendimento doutrinário acerca de seu cabimento somente nos Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 221-238, mai. 2022.

contratos bilaterais ou translativos de domínio (MIRAGEM, 2017, p. 386). No sistema jurídico brasileiro, por opção do legislador, caso não haja, em tese, expressa estipulação da função atribuída ao sinal, a concepção dominante assenta-se no sentido de que se trata de arras confirmatórias, porquanto não convencionada pelas partes a delimitação de sua espécie ou de cláusula de arrependimento, a qual incorreria na formação do instituto em sua forma penitencial.

1.2 Arras no âmbito do direito do consumidor

O princípio da autonomia da vontade permite que seja inserida, em contratos objeto de relações de consumo, cláusulas prevendo a convenção de arras, respeitando, entretanto, certos limites. O art. 49 do CDC prevê o direito de arrependimento do consumidor, quando contratados produtos e serviços fora do estabelecimento comercial, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, excluindo, em seu parágrafo único, a possibilidade de retenção das arras penitenciais (MIRAGEM, 2018, p. 618), tendo em vista que dispõe que “[S]e o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados”.

Desse modo, o autor elucida⁸ que a expressão “a qualquer título” designa que qualquer valor pago pelo consumidor será devolvido em caso de exercício do direito de arrependimento, daí porque não há falar em estipulação de valor relativo a arras pago nesses casos, em razão da impossibilidade legal de sua retenção. Menciona, além disso, o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor que assim dispõe:

Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Com efeito, conforme mencionado, o dispositivo não prevê a nulidade da convenção de arras, porquanto designam, normalmente, parcela das prestações pactuadas, de modo que podem ser perdidas em favor de quem as recebeu, em caso de inadimplemento por quem as deu. Todavia, a previsão das arras em negócios jurídicos objetos de relações de consumo

⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017, 618 p.

submete-se ao controle previsto no art. 51, IV, e § 1º do CDC, em razão da possível presença de onerosidade.

2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E LEGISLATIVO ACERCA DA RETENÇÃO DAS ARRAS

Segundo renomados juristas brasileiros, tais como Bruno Miragem e Caio Mário da Silva Pereira, interpreta-se a legislação vigente no sentido de que se está prevista a retenção das arras tanto confirmatórias, quanto penitenciais em casos de inadimplemento da primeira ou arrependimento da segunda.

Dessa forma, em caso de inadimplemento da obrigação principal que tem como acessória as arras confirmatórias, se quem prestou arras foi o inadimplente, este perderá o que prestou em favor de quem sofreu o inadimplemento. Em caso contrário, quem prestou as arras receberá sua repetição em dobro, acrescidos de atualização monetária, juros e honorários de advogado, como delinea o art. 418, do Código Civil. Assim, a retenção ou a devolução dobrada é um direito do credor, de ter uma garantia da sua obrigação, bem como uma pré-liquidação de danos, tendo em vista que aquele que sofre o inadimplemento pode requerer ainda, para além da retenção das arras ou da sua devolução, indenização suplementar, se provar que seu prejuízo foi maior, servindo as arras como o mínimo, como assim prescreve o art. 419 do Código Civil: *“A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização”*.

Quanto ao arrependimento da obrigação pactuada com arras penitenciais, ressalta-se que não se enquadra como inadimplência, pois é previsto no instrumento contratual, assim sendo um direito potestativo de rescisão unilateral do negócio jurídico. Neste caso, se quem exerce o direito de arrependimento for aquele que prestou as arras, ele as perderá em favor de quem as recebeu. Por outro lado, quando quem se arrepende é o indivíduo que recebeu as arras, este deverá devolvê-las em dobro.

Entretanto, consoante o art. 420 do Código Civil, mesmo que a parte prejudicada venha a sofrer prejuízo maior, está não poderá pedir indenização suplementar relacionada ao arrependimento propriamente: *“Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.”*

Conclui-se, assim, que ambas preveem a possibilidade de retenção, de modo que a divergência legislativa fica restrita apenas à indenização suplementar, que é possível unicamente na presença de arras confirmatórias, notadamente considerando suas expressas finalidades. Nesse contexto, além de igualmente haver possibilidade de execução do contrato, caso exija a parte inocente, o valor relativo ao sinal irá valer como taxa mínima, daí porque se depreende que, em todos os casos de resolução contratual por inadimplemento de quem deu as arras confirmatórias, há sua retenção, na medida em que seu montante será o mínimo a ser retido como forma de indenização em favor da outra parte, que em momento algum irá se desfazer da parcela referida.

3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RETENÇÃO DAS ARRAS

3.1 Divergência jurisprudencial

Em caminho contrário à doutrina e à legislação, encontra-se parcela da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se observou da análise de 70 (setenta) decisões compreendidas entre o recorte temporal do ano de 2009 a 2021, encontradas através das palavras chaves “arras confirmatórias” e “arras e retenção”. Todas as decisões examinadas abrangem casos de inadimplemento ou arrependimento do promitente-comprador ou comprador, nos respectivos contratos de promessa de compra e venda e nos próprios contratos de compra e venda de bens imóveis, de terrenos e imóveis residenciais.

Por meio da análise, foi possível visualizar que, das 70 (setenta) decisões proferidas, 13 (treze) não tratavam do tema em questão, de forma que restaram 57 (cinquenta e sete), das quais 17 (dezessete) decidiram pela retenção integral ou parcial das arras confirmatórias e 40 (quarenta) pela não retenção destas em caso de resolução e rescisão contratual por parte de quem prestou as arras.

3.1.1 Fundamentos das decisões que não permitiram a retenção das arras confirmatórias

Através da perquirição das peculiaridades de cada caso, identificou-se que restou pacificada na referida Corte Superior, através do julgado AgInt no AgRg no REsp

1.197.860/SC⁹, o entendimento de que o instituto das arras confirmatórias não é retido em caso de inadimplemento; assim se subscreve:

[...] as arras confirmatórias não se confundem com a prefixação de perdas e danos, tal como ocorre com o instituto das arras penitenciais, visto que servem como garantia do negócio e possuem característica de início de pagamento, razão pela qual não podem ser objeto de retenção na resolução contratual por inadimplemento do comprador.

Tal decisão é utilizada para descartar discussões sobre esse mérito, considerando-se que não se pode decidir e divergir do entendimento dominante e pacificado conforme súmulas 568 e 83.¹⁰

Constatou-se que, anteriormente ao julgado referido, de 20 (vinte) decisões, 10 (dez) decidiram pela retenção do valor pago a título de sinal (confirmatório), e 10 (dez) pela devolução a quem deu as arras, e que, após o julgado, houve significativa mudança quantitativa, na qual em 30 (trinta) decisões não se permitiu a retenção de arras confirmatórias, e, em 7 (sete), se permitiu, sendo 6 (seis) parcialmente e 1 (uma) integralmente. Além disso, importa mencionar que não de menor importância para o resultado da lide foi a observação a respeito das circunstâncias fáticas que justificaram o inadimplemento da parte, sendo em sua maioria culposos, decorrente de insuficiência de recursos para arcar com a totalidade das prestações pactuadas.

Dessa forma, consolidou-se o entendimento de que, não tendo as arras confirmatórias natureza indenizatória, mas sim de garantia e início de pagamento quando do mesmo gênero, de acordo com o art. 417 do Código Civil, esta que assistiria a concreção do negócio, veria sua função esgotada com sua efetivação e portanto no inadimplemento deve ser restituída¹¹. Outrossim, não poderia ser retida e muito menos cumulada com a eventual cláusula penal, pois neste caso o princípio do non bis in idem (proibição da dupla condenação a mesmo título) estaria sendo ofendido.

3.1.2 Controvérsias acerca do cálculo indenizatório e cláusulas penais

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgRg no REsp 1197860/SC. 4º Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de dezembro de 2017.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 83 do STJ. “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 906340/DF. 4º Turma. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 30 de agosto de 2018

Assim, apesar da doutrina acompanhada da letra do art. 418 do CC delinear a retenção das arras confirmatórias em caso de inadimplemento, na jurisprudência analisada a esse respeito, a indenização consiste não na retenção das arras, mas na retenção parcial das parcelas pagas, embasando-se no art. 53, do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que, por conta da devolução completa do objeto do contrato, tornam-se nulas de pleno direito as cláusulas que determinam a retenção integral das parcelas pagas, pois ensejaria incabível enriquecimento sem causa.

Nesse contexto, constatou-se, em determinados julgados, tais quais o REsp 182041/PR, REsp 1887250/SP e REsp 1729761/SP, o entendimento de que o valor de retenção determinado pelo Tribunal a quo (10% das parcelas pagas) “[...] *não se distancia do fixado em diversas ocasiões pela Corte Superior (que entende possível o valor retido flutuar entre 10% a e 25%).*”

Entretanto, não obstante tal compreensão, verifica-se notória divergência acerca da porcentagem exata que deve ser utilizada em seu cálculo; isto é, em alguns casos decide-se por se reter apenas as parcelas pagas¹², enquanto em outros escolhe-se por reter parte não só as parcelas pagas como também ficam as arras amortizadas, como observa na decisão REsp 1056704/MA, Rel. Min. Massami Uyeda, em que fixa “[O] *percentual a ser devolvido tem como base de cálculo todo o montante vertido pelo promitente-comprador, nele se incluindo as parcelas propriamente ditas e as arras*”, entendendo que como início de pagamento constituem também o valor de parcelas pagas.

3.2.1 Fundamentos das decisões que permitiram a retenção das arras confirmatórias

A retenção de parcela dos valores pagos a fim de indenizar a parte inocente pela resolução do contrato é incontroversa, embora seu percentual varie de acordo com o caso, encontrando-se previsto nas cláusulas contratuais ou estipulado judicialmente. Ocorre que, conforme referido, há entendimento de que se encontra contido em tal percentual de caráter indenizatório o valor pago a título de arras confirmatórias, porquanto “*além de constituírem o valor pago por um dos contratantes como garantia do negócio, servindo de princípio de início de pagamento, atuam também como pré-fixação do montante mínimo das perdas e danos*

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1273751/DF. 4º Turma. O arrependimento do promitente comprador não importa perda de arras, se forem confirmatórias, admitindo-se, contudo, a retenção, pelo vendedor de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, 26 de junho de 2018.

*devidos pelo eventual descumprimento da avença*¹³, não havendo falar em devolução ao comprador.

Tal alusão se refere a caso de compra e venda de imóvel, com rescisão por culpa da pessoa jurídica promitente compradora junto à sociedade empresarial, de modo que se revelou inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, determinando-se a permanência, no patrimônio da outra parte, de 8,33% do valor do negócio jurídico. Assim, partindo-se da ótica da finalidade do sinal possuir caráter confirmatório, a quantia perdida em favor da empresa vendedora indicou consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, daí porque não haveria falar em sua devolução.

De outra banda, embora nas relações consumeristas prevaleça a aplicação do CDC e a subsidiariedade do Código Civil, da mesma forma se observam decisões com dispositivos semelhantes, em que, em razão do inadimplemento, o consumidor¹⁴ perdeu, em favor do fornecedor do bem imóvel, a monta relativa às arras confirmatórias, como no AgInt nos EDcl no AREsp 1070161. No caso, considerando-se que ambos os litigantes eram pessoas físicas, teve-se que a recorrente não conseguiu arcar com o compromisso de pagamento do valor devido na data avençada, caracterizando, pois, o inadimplemento e a consequente rescisão do contrato com a devolução do montante pago pela promitente, abatidas as arras.

Isso porque entendeu-se pela prevalência de seu caráter indenizatório, tendo em vista que serviriam para compensar parcialmente os prejuízos sofridos, sendo consideradas para a fixação do percentual de retenção sobre os valores pagos pela compradora. Com efeito, uma vez que a quantia referente ao sinal se adequou à compensação dos danos suportados, inexistiram razões à fixação de parcela que a superasse, o que igualmente não afronta o disposto no artigo 53 do CDC, porquanto não se determinou a perda integral do montante pago.

Não por outra razão foi a compreensão do julgado AREsp 1070161¹⁵, que previu a retenção das arras confirmatórias por rescisão contratual decorrente de culpa do comprador, a fim de indenizar aquele que vendeu o imóvel, sob o pretexto de que

[...] as arras têm como principal vocação jurídica a prefixação de perdas e danos, de maneira que, uma vez demonstrada a quebra obrigacional pelo pactuante que as entregou, a perda em favor do parceiro contratual é automática e incontornável [...] uma vez que a Autora deu causa à frustração do projeto contratual, deve incidir a

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1186036/DF. 4º Turma. Relator Ministro Marcos Buzzi, 18 de fevereiro de 2020

¹⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, Art. 2º. “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Disponível em: <L8078compilado(planalto.gov.br)>. Acesso em: 28/07/2021.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1070161/ DF. 4º Turma. Relatora Ministra Lázaro Guimarães, 21 de novembro de 2017.

solução jurídica prevista no artigo 418 do Código Civil [...] o Réu/Reconvinte não demonstrou os prejuízos supostamente oriundos da quebra negocial imputável à Autora/Reconvinda.

Desse modo, em que pese a ordenação do Magistrado da devolução à parte autora de parcela dos valores pagos, que varia de acordo com as circunstâncias do caso concreto, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, afigura-se lícita a retenção do sinal, de modo a indenizar por aquilo que perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar.

Todavia, anteriormente à possível pacificação do tema, no sentido de impossibilidade da retenção das arras, a Ministra Nancy Andriahi, no julgamento do REsp 1617652, concluiu pelo caráter indenizatório do valor pago a título de confirmação do vínculo contratual, tornando-o irretroatável. Dessa forma, elas atuaram como indenização prefixada em favor da parte “inocente” pelo inadimplemento, a qual poderá reter a quantia ou bem, se os tiver recebido, ou se for quem os deu, poderá exigir a respectiva devolução, mais o equivalente¹⁶.

Em suas fundamentações, acresce, ainda, que essa funcionaria como espécie de cláusula penal compensatória, representando o valor previamente estimado pelos litigantes para indenizar a parte não culpada pela inexecução do contrato. Outrossim, pondera o prevailecimento da perda das arras em detrimento da cláusula penal prevista, tendo em vista que valem aquelas como taxa mínima de indenização pela inexecução do contrato, revelando-se, pois, inadmissível sua cumulação, sob pena de violação do princípio *non bis in idem*.

Por conseguinte, no contexto de desfazimento do negócio, é imperiosa a análise acerca da motivação que o ensejou, devendo se considerar, para tanto, os ensinamentos de Judith Martins Costa, que prevê 04 (quatro) possibilidades, quais sejam 1) Contrato desfeito por impossibilidade superveniente não imputável, ou seja, sem culpa, por distrato, caso fortuito ou força maior, deve ocorrer a mera devolução do sinal, voltando as partes ao status quo ante; 2) Contrato desfeito por culpa recíproca, havendo sua devolução e o retorno ao status quo ante; 3) Contrato desfeito por culpa de quem deu as arras, em que se o insucesso do contrato decorrer de ação ou omissão culposa de quem deu as arras, este a perderá em favor de quem as recebeu, consoante o art. 418 do CC; 4) Contrato desfeito por culpa de quem recebeu as arras, impondo-se a devolução pelo culpado pelo rompimento injustificado do negócio, considerando-se essa devolução como integrante das perdas e danos devidos, tal qual está no art. 419 (JUDITH, 2008. Tomo II).

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1617652/ DF. 4º Turma. Relatora Ministra Nancy Andriahi, 26 de setembro de 2017.

Com efeito, do exame da jurisprudência realizado, constata-se menção recorrente aos ensinamentos da jurista supramencionada nas relações consumeristas, à risca do disposto no Código Civil em vigência, evidenciando ofensa ao princípio constitucional da segurança jurídica quando comparadas às decisões que não preveem a possibilidade de sua retenção.

3.2.2 Fundamentos das decisões que permitiram a retenção parcial e a redução equitativa

Mesmo após a pacificação do AgInt no AgRg no REsp 1.197.860/SC, prevendo a impossibilidade de retenção do instituto, constatou-se a existência da retenção parcial em 6 (seis) julgados, nos quais visualizou-se segunda pacificação entre elas consolidada pela decisão AgInt no REsp 1.167.766/ES, que delineia nos termos do Enunciado n.º 165, da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, a previsão de redução equitativa, contida no artigo 413, do Código Civil, que subscreve que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, considerando a natureza e finalidade do negócio, também se aplica ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.

Entende-se, portanto, através da interpretação analógica, que há redução equitativa de arras sejam elas confirmatórias ou penitenciais, se a situação seguir as condições traçadas pelo art. 413, do Código Civil, restando autorizada a retenção parcial das arras confirmatórias, nos termos do entendimento doutrinário. Porém, tem-se que o uso subsidiário de tal dispositivo se dá em razão de um silêncio eloquente do legislador, ao não traçar orientações claras nos artigos que legislam as arras, a ponto que a jurisprudência teve que resgatar na órbita das cláusulas penais, algo que sustentasse sua posição de retenção equitativa, afrontando o princípio da segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, procurou-se analisar a figura das arras sob os âmbitos doutrinário, legislativo e jurisprudencial, concluindo-se pela existência de notórias divergências acerca das funções principais do sinal, e da incidência em casos em que não haja inadimplência contratual. Tal circunstância decorre da provável inexistência de diferenciação das espécies do instituto pelos dispositivos legais do Código Civil que o disciplinam, inferindo-se que as funcionalidades restritas pela doutrina às arras penitenciais são resultado dessa ausência de especificação,

inclusive pela jurisprudência, em casos que se encontra presente no contrato o instituto presente no contrato é o das arras confirmatórias.

Por conseguinte, esta lacuna observada na legislação enseja, de modo recorrente, a falta de consonância entre os três pilares do direito, incorrendo em provável insegurança jurídica neste âmbito, daí porque se deu, inclusive, o questionamento acerca da possibilidade - ou não - da retenção das arras confirmatórias, conforme delinea a doutrina, e de qual sua efetiva funcionalidade para além da teoria garantista, se na prática seus efeitos são reduzidos a simples indenização por cláusula penal.

Outrossim, há divergência de entendimento, dependendo das circunstâncias fáticas do caso, da viabilidade de inserção do valor das arras ou não no percentual indenizatório. A não retenção cria, por conseguinte, uma fragilidade na função de reforço e garantia do cumprimento do contrato, de forma que a sanção passa a não ser tão onerosa tal qual a doutrina reconhece.

Com efeito, tem-se evidente afronta ao princípio da segurança jurídica assegurado pelo art. 5º, em seu caput, e no inciso XXXVI, Constituição Federal, que assim dispõe: "*a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito*" (Brasil, 1988), na medida em que não permite aos indivíduos o conhecimento prévio das consequências diretas de seus atos e fatos quanto à interpretação do direito já realizada em casos bastante semelhantes. Extraí-se, de tal princípio, o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e o aspecto subjetivo da proteção à confiança ou confiança legítima, sendo este último originário do direito alemão, importado para a União Europeia e, mais recentemente, para o direito brasileiro¹⁷.

Neste contexto, ao ajuizar ação que pretende a devolução do valor pago a título de sinal, com amparo no disposto no art. 418 do Código Civil, sem qualquer aparente afronta ao Código de Defesa do Consumidor, o litigante, dependendo do aplicador e do intérprete do direito no caso concreto, pode se deparar com a negação da tutela de seu direito, bem como com a tutela específica pretendida.

Isso porque, por um lado, pode ser compreendida a quantia tão somente como início de pagamento, a fim de confirmar o vínculo negocial, devendo, em caso de desfazimento do contrato, ser devolvida. Por outro, pode, além de tais funções, desempenhar o papel de pré-fixação de perdas e danos, havendo a possibilidade de sua retenção em caso de inadimplemento de quem as deu, indo, pois, de encontro ao art. 927 do CPC e ao Enunciado n.º 165, da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

¹⁷ ZANELLA, Maria Sylvia. O STJ e o princípio da segurança jurídica. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 28/07/2021

Assim, da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que a variação entre reter - ou não - ocorre tanto pelo modo de interpretar a natureza das arras confirmatórias, de forma que são retidas quando se entende que são “indenizatórias” ou ao contrário, quando conceituadas como início de pagamento, mas também conforme a interpretação do princípio *non bis in idem*. O entendimento da referida Corte Superior entende que a retenção de arras cumulativamente com a cláusula penal representa a sua cobrança, por conta de seu efeito gerador e, conseqüentemente, o enriquecimento sem causa.

Entretanto, varia o entendimento a respeito de qual espécie comporta a retenção, porquanto onde existe esta opção em virtude da presença das cláusulas penais, as decisões são fundamentadas sob a arguição de que, se previstas cumulativamente, deve prevalecer a pena de perda das arras, as quais, por força do disposto no art. 419 do CC, valem como “taxa mínima” de indenização pela inexecução do contrato, conforme exemplifica decisão REsp 1617652/DF.¹⁸ Por outro lado, quando predomina a cobrança de cláusula penal em face da retenção das arras, argumenta-se que, como seu caráter não é propriamente indenizatório e sim de início de pagamento, dá-se preferência à figura das cláusulas penais.

Todavia, mesmo que seja sustentada a impossibilidade de retenção das arras na maior parte dos julgados analisados, haja vista a divergência interpretativa de suas funções e da aplicação prevalente da legislação consumerista, do material analisado observa-se possível contradição acerca dos fundamentos que as admitem na resolução contratual por culpa de quem as deu.

Em suma, não obstante as diversas interpretações e soluções concedidas à luz do disposto no ordenamento jurídico, restou incontroverso o direito da parte que sofreu a inadimplência à indenização pelas perdas e danos decorrentes da resolução contratual, sendo, na ampla maioria dos casos, aplicado o disposto no art. 419 e 420 do Código Civil para o arbitramento de seu valor, valendo-se as arras como taxa mínima, quando não retidas integralmente. Dessa forma, tem-se que o valor despendido a título de sinal permanece no patrimônio da outra parte, mesmo quando não possibilitada sua perda em favor de quem o recebeu.

REFERÊNCIAS

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1617652/ DF. 4º Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 26 de setembro de 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II*, 2ª. Ed. Grupo GEN, 2008. 978-85-309-5605-9. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>>. Acesso em: 24/07/2021.

MATOS, Marcelo Amaro da Silveira. *A inaplicabilidade do art. 413 no controle do valor das arras: entre o silêncio eloquente e a desnecessidade, jornadas luso-brasileiras do cidp*. Disponível em: <2020_01_0285_0326.pdf (cidp.pt)>. acesso em: 20/07/2021.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1959, tomo XXIV, § 2.924.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, [s.d.]. v. 7. p. 291-292.

ZANELLA, Maria Sylvia. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 28/07/2021.

