

COMENTÁRIO SOBRE O RESP Nº 1.617.652/DF E A SISTEMATIZAÇÃO DA DISCIPLINA DAS ARRAS E DA CLÁUSULA PENAL NAS PERDAS E DANOS CONTRATUAIS

NOTES ON THE RESP 1.617.652/DF AND THE SYSTEMATIZATION OF PENALTIES IN BRAZILIAN CONTRACTUAL LAW

Guilherme de Mello Franco Faoro

Advogado. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Membro do Conselho Assessor da *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*.

Resumo: A partir da análise do acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp nº 1.617.652/DF, o trabalho visa contribuir à sistematização da disciplina das arras e da cláusula penal no âmbito do inadimplemento contratual. Para tanto, proceder-se-á a uma análise funcional de ambos os institutos, de modo a concluir acerca da possibilidade, ou não, de sua cumulação no âmbito das perdas e danos contratuais. Analisa-se, por fim, qual das duas figuras deverá prevalecer em abstrato como penalidade ao devedor faltoso, no caso de coexistência.

Palavras-chave: Perdas e danos contratuais. Arras. Cláusula penal.

Abstract: Based on an analysis of the ruling issued by the Third Chamber of the Brazilian Superior Justice Tribunal (STJ) in the case REsp 1.617.652/DF, this study aims to contribute to the systematization of default penalties in Brazilian contractual law. In order to do that, the study starts with a functional analysis on the institutes of down payment (and the legal possibility of its retention by the creditor, in the case of default) and penalty clause, and subsequently concludes about the possibility, or not, of the accumulation of both figures by the creditor, in the case of contractual damages. Finally, the study concludes about which of the two figures must prevail, in theory, as penalty to the defaulted debtor, in case both coexist in the contract.

Keywords: Contractual damages. Down payment. Penalty clause.

Sumário: **1** Apresentação do caso – **2** Arras e cláusula penal: estrutura e função – **3** Da impossibilidade de cumulação das arras confirmatórias com a cláusula penal compensatória – **4** Críticas à prevalência, em tese, da retenção das arras em detrimento da cláusula penal – **5** Conclusão

1 Apresentação do caso¹

Os autores, pessoas físicas, ajuizaram ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel (o “contrato”), cumulada com pedido de revisão de cláusulas contratuais, em face da empresa Gama Empreendimentos Imobiliários S/A (“Gama Empreendimentos” ou, simplesmente, “incorporadora”). Pretendiam os demandantes a resolução do contrato, com a devolução dos valores já pagos, bem como a anulação da cláusula penal que previa a retenção, pela incorporadora, de 40% do montante total da venda.

Em contestação, a Gama Empreendimentos sustentou (a) a validade da perda de 25% dos valores pagos pelos autores, a título de cláusula penal; acrescida da (b) retenção das arras confirmatórias, ou seja, do sinal que havia sido pago por ocasião da celebração do contrato.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais, decretando assim a rescisão do contrato e a condenação da incorporadora à restituição dos valores que já haviam sido pagos pelos autores, incluindo-se as arras confirmatórias. Ao mesmo tempo, autorizou a sentença que a Gama Empreendimentos retivesse 10% (dez por cento) do valor total da promessa de compra e venda, a título de cláusula penal compensatória.

Diante da sentença parcialmente desfavorável, a Gama Empreendimentos então apelou ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), o qual confirmou a decisão de primeiro grau, ordenando à incorporadora que devolvesse aos autores os valores pagos a título de arras confirmatórias, sob pena de configuração de um “enriquecimento sem causa”, como se depreende da ementa abaixo transcrita.²

Ainda inconformada, a Gama Empreendimentos recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, alegando violações aos arts. 1.022 do CPC/15, e aos arts. 394, 402, 403, 404, 418, 419, 420 e 475 do Código Civil, bem como dissídio jurisprudencial.

Em suas razões recursais, sustentou a incorporadora que a jurisprudência admitiria a retenção de até 30% (trinta por cento) dos valores pagos pelos promissários adquirentes, a título de cláusula penal compensatória, e que, ademais, havendo a rescisão do contrato imputável aos autores, seria válida a retenção integral das arras confirmatórias, pagas por ocasião de sua celebração. No mais,

¹ STJ, 3ª T. REsp nº 1.617.652/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.9.2017.

² “Direito civil e do consumidor. Rescisão de contrato. Promessa de compra e venda de imóvel. Desistência do comprador. Cláusula penal abusiva. Redução para 10% do valor pago. Ausência de previsão de arrependimento. Arras confirmatórias. Devolução. Vedação ao enriquecimento sem causa. Sentença mantida” (cf. Relatório do Acórdão STJ, 3ª T. REsp nº 1.617.652/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.9.2017).

pugnou a incorporadora pela contagem dos juros a partir do trânsito em julgado da sentença.

Ao julgar o mérito do recurso especial, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, de modo a (a) autorizar a Gama Empreendimentos a reter exclusivamente o valor das arras confirmatórias; e (b) ratificar a impossibilidade de cumulação daquela retenção das arras confirmatórias com a incidência de cláusula penal compensatória, tendo em vista a identidade de função exercida pelas duas figuras naquele caso. Confira-se, pela esmerada concisão, a ementa do julgado:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C PEDIDO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. *CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. ARRAS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. CUMULAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS ARRAS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. [...] 5. Do regramento constante dos arts. 417 a 420 do CC/02, verifica-se que a função indenizatória das arras se faz presente não apenas quando há o lícito arrependimento do negócio, mas principalmente quando ocorre a inexecução do contrato. 6. De acordo com o art. 418 do CC/02, mesmo que as arras tenham sido entregues com vistas a reforçar o vínculo contratual, tornando-o irretroatável, elas atuarão 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 equivalente. 7. *Evidenciada a natureza indenizatória das arras na hipótese de inexecução do contrato, revela-se inadmissível a sua cumulação com a cláusula penal compensatória*, sob pena de violação do princípio do non bis in idem (proibição da dupla condenação a mesmo título). 8. *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. [...] 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido. (Grifos nossos)*

Em seu voto condutor, a Ministra Relatora Nancy Andrighi discorreu sobre as possíveis estruturas e funções inerentes às figuras contratuais das arras e da cláusula penal, concluindo pela identidade funcional – qual seja, indenizatória – de ambas, no caso concreto.

Segundo a ministra, a tipologia do Código Civil brasileiro atribui uma função tipicamente indenizatória tanto às arras confirmatórias como à cláusula penal compensatória, motivo pelo qual não se poderia admitir a cumulação de ambas como consequência da inexecução contratual. Nas palavras da relatora, “[e]videnciada a natureza indenizatória das arras na hipótese de inexecução do contrato, revela-se inadmissível a sua cumulação com a cláusula penal compensatória, sob pena de violação do princípio do non bis in idem (proibição da dupla condenação a mesmo título)”.³

Dando prosseguimento ao seu raciocínio, a II. relatora enfrentou o problema acerca de qual dos dois institutos – a cláusula penal compensatória ou as arras confirmatórias – deveria incidir no caso concreto, tendo em vista a impossibilidade de sua cumulação.

A opção foi pela prevalência das arras confirmatórias, baseada em dois argumentos: (a) a natureza real do instituto, em contraposição à natureza pessoal da cláusula penal; e (b) o fato de as arras confirmatórias constituírem “taxa mínima” indenizatória (cf. art. 419 do Código Civil), ao contrário da cláusula penal compensatória, já que esta, a princípio, inadmite indenização suplementar (art. 416, parágrafo único, do Código Civil).

Quanto a este último ponto, afirmou a Ministra Nancy Andrichi, em seu voto:

[e]m uma consideração abstrata, adotar a prevalência da cláusula penal poderia esvaziar o conteúdo normativo do mencionado dispositivo legal, especialmente em duas situações: a) quando a multa contratual resultasse em montante inferior ao sinal dado no início da contratação; b) quando a parte inocente pela inexecução comprovasse prejuízos superiores ao valor da cláusula penal, pois neste instituto é vedada, a princípio, a exigência de indenização suplementar, a menos que haja expressa autorização contratual, de acordo com o disposto no art. 416, parágrafo único, do CC.

Conclui assim o STJ pela inadmissibilidade da cumulação de ambos os institutos naquelas situações, prevalecendo a perda das arras, na hipótese de inexecução culposa do contrato.

O tema, como se vê, é altamente relevante e merece uma análise mais detida. Afinal, o inadimplemento contratual é uma realidade deveras recorrente no país e frequentemente reverbera em disputas judiciais, motivo pelo qual se faz necessário que doutrina e jurisprudência interpretem, delimitem e sistematizem

³ STJ, 3ª T. REsp nº 1.617.652/DF. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 26.9.2017.

critérios suas consequências, particularmente as penalidades oriundas do exercício da autonomia negocial, a fim de que o direito exerça seu devido papel promocional e forneça aos contratantes a segurança jurídica que lhes é devida.

A fim de analisar o julgado do STJ, abordar-se-á, a seguir, de forma breve, (a) os principais aspectos estruturais e funcionais dos institutos das arras e da cláusula penal, de modo a pontuar suas semelhanças e peculiaridades, para depois (b) proceder-se a uma investigação sobre a possibilidade (ou não) de cumulação de ambos em caso de inexecução do contrato e, caso negativa a resposta, (c) sobre qual dos dois institutos deverá prevalecer como penalidade.

2 Arras e cláusula penal: estrutura e função

Na lição de Carlos Nelson Konder, arras e cláusula penal são ambas “cláusulas resultantes do exercício da autonomia negocial e são caracterizadas pela acessoriedade a uma relação obrigacional principal, cujo risco de inadimplemento visam regular”.⁴ Não é por outro motivo que ambos institutos estão localizados, topograficamente, no Título IV do Código Civil brasileiro, referente ao inadimplemento das obrigações (arts. 408 a 420).

Arras e cláusula penal são ambas, portanto, mecanismos negociais (auto) reguladores do inadimplemento, e daí diz-se possuírem certa similaridade funcional.⁵ Não obstante esta aproximação finalística, os institutos são estruturalmente bastante distintos, e o Código Civil confere consequências díspares para um e para outro, como se verá.

Essas idiosincrasias presentes no tratamento jurídico das aludidas figuras fazem surgir algumas dúvidas, tanto na doutrina como na jurisprudência, acerca das normas aplicáveis a cada instituto; uma delas (e das mais relevantes) é justamente a que consta do julgado em comento, no qual a sobreposição da incidência de arras e cláusula penal no mesmo contrato foi reputada inadmissível por configurar um *bis in idem* à parte inadimplente.

Neste cenário dogmático um tanto confuso, é necessário proceder a uma breve sistematização acerca dos principais aspectos estruturais e das funções típicas de cada um dos institutos, fornecendo assim uma base teórica para os questionamentos que virão em seguida.

⁴ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 2.

⁵ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 2.

2.1 A cláusula penal em linhas gerais

Segundo Limongi França, que dedicou sua tese de titulação ao tema, a cláusula penal é um

pacto acessório, ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração de vontade, ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor, ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constitua-se pré-avaliação das perdas e danos e punição do devedor inadimplente.⁶

É bastante comum em doutrina a afirmação segundo a qual a cláusula penal exerceria uma dupla e concomitante função,⁷ sendo ao mesmo tempo indenizatória (prefixando perdas e danos) e punitiva (reforçando o liame contratual). O entendimento é passível de críticas, como já notado por alguns:⁸ a distinção entre uma e outra finalidade é imperiosa, já que, a depender da função exercida pela cláusula na situação concreta, diferente será o tratamento jurídico a ela destinado.⁹

Pode-se então afirmar que, em regra – no silêncio das partes –, e a despeito das relevantes opiniões em contrário,¹⁰ a cláusula penal exerce função tipicamente

⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *Raízes e dogmáticas da cláusula penal*. Dissertação (Concurso de Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 1987. p. 327.

⁷ “Na mesma linha dos predecessores, os autores brasileiros contemporâneos se norteiam igualmente pela Teoria Eclética, fixando-se na atribuição, à cláusula penal, das funções de reforço e de pré-avaliação” (FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 154).

⁸ “O apego à tese da dupla função continua a ser fonte de ambiguidades e de equívocos, mesmo para quem vem aceitando a distinção entre a cláusula penal e a cláusula destinada, somente, à liquidação prévia do dano. Pese embora a distinção operada, em homenagem à função coercitiva da cláusula penal, continua a conceber-se que a mesma figura possa exercer, *em simultâneo*, uma dupla função, coercitiva e indenizatória, pelo que a pena seria sempre uma *indenização predeterminada*, através da qual se exerceria a finalidade compulsória. A nosso ver, porém, as razões que explicam ter de *diferenciar-se* a cláusula penal *em sentido estrito* da cláusula de fixação *forfaitaire* da indenização implicam, *ao mesmo tempo*, a *rejeição* da tese tradicional, quanto à dupla função da primeira e à sua proclamada natureza mista” (MONTEIRO, Antônio Pinto. O “modelo” aberto de cláusula penal no movimento de harmonização do direito europeu dos contratos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, jan./mar. 2016. p. 183). No mesmo sentido, v. ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 82.

⁹ Destacando a importância hermenêutica da distinção, arremata Carlos Konder: “Se a função de um instituto é o critério determinante para fixar as regras jurídicas que lhe são aplicáveis e o modo da sua aplicação, deve-se reconhecer que a cláusula voltada para uma determinada função não terá o mesmo tratamento jurídico daquela que visa à outra finalidade” (KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 2).

¹⁰ Por exemplo, Caio Mário, para quem “a finalidade essencial da pena convencional, a nosso ver, é o reforçamento do vínculo obrigacional, e é com este caráter que mais assiduamente se apõe à obrigação”

indenizatória, “eis que as hipóteses de pena privada em nosso ordenamento devem ser sempre excepcionais”.¹¹

Por outro lado, nessa linha de raciocínio, a cláusula penal seria dotada de função tipicamente penitencial apenas quando previsto à parte contratante o direito de arrependimento. Isso porque, nestes casos, tratar-se-á de um direito potestativo exercido pelo devedor, motivo pelo qual não há de se falar em inadimplemento ou de uma sanção indenizatória para tanto; ato lícito que é, nestes casos a cláusula penal assumirá o papel de “preço pago pelo exercício do direito”.¹²

Quanto à sua tipologia, a cláusula penal pode se referir tanto ao inadimplemento total da obrigação, como à mora ou ao descumprimento de cláusula específica (cf. art. 409 do Código Civil). No primeiro caso, denominar-se-á cláusula penal compensatória e, no segundo, cláusula penal moratória. É de se notar, nessa seara, que, a partir da contemporânea concepção funcionalizada da relação obrigacional e do próprio inadimplemento,¹³ não parece haver necessidade de se conceber uma terceira espécie, destinada à garantia de cláusula específica: esta será em regra moratória, a não ser que o descumprimento da obrigação secundária gere uma ofensa substancial à função econômico-individual do contrato, tornando a prestação inútil ao credor e, conseqüentemente, ensejando o inadimplemento total da obrigação assumida.¹⁴

(PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2. p. 142); ou, ainda, ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 84.

¹¹ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 3. Na mesma linha, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2. p. 48. Já na opinião de Orlando Gomes, a força intimidativa seria mero efeito acidental, e a prefixação das perdas e danos o principal objetivo buscado pela cláusula penal (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 159).

¹² KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 3.

¹³ “O alargamento do objeto impõe a superação da tradicional concepção acerca do inadimplemento, segundo a qual este se perfaz com o simples cumprimento da prestação principal. Contemporaneamente, há que se entender o adimplemento como o cumprimento da prestação devida em concreto, vale dizer, como a execução do comportamento dirigido à execução da prestação principal, bem como de todos os deveres de conduta impostos pela sistemática negocial e instrumentalmente necessários à efetiva satisfação do interesse objetivo do credor” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, set./out. 2015. p. 183).

¹⁴ “A mora consiste na inexecução imperfeita da obrigação, pois o art. 955 do Código de 1916 considerava moroso o devedor que não efetuasse o pagamento no tempo, lugar e forma convencionadas. De sorte que o devedor que descumpra alguma cláusula especial do contrato é moroso e, naturalmente, a pena que procura assegurar o cumprimento de tal cláusula é moratória. Aliás, observa-se ser um o regime que o legislador impõe para o inadimplemento absoluto – cláusula compensatória –, como acontece com o art. 410 do Código Civil; e outro o atribuído à cláusula que contempla a simples mora ou a inadimplência de determinada disposição contratual – cláusula moratória –, como ocorre no art. 411. De resto, nesse artigo, é fácil notar que as duas últimas hipóteses (mora ou segurança especial de uma cláusula determinada) são tratadas em conjunto, dada a identidade de sua natureza” (RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 270).

Essa distinção entre a cláusula penal compensatória e a moratória é de suma importância, visto que uma e outra têm efeitos distintos na disciplina do Código Civil. De fato, enquanto a cláusula penal compensatória confere ao credor uma alternativa entre a execução específica da obrigação e a cobrança do valor da multa (art. 410), a moratória permite a “satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal” (cf. art. 411).

Os diferentes efeitos produzidos por uma e outra espécie na disciplina do Código Civil suscitam o entendimento, recorrente na jurisprudência pátria,¹⁵ segundo o qual cláusulas penais compensatórias possuiriam uma função tipicamente indenizatória, enquanto nas moratórias prevaleceria a função punitiva, já que subsistente o interesse na prestação. Contudo, como já ressaltado por Carlos Nelson Konder, essa associação não pode ser feita de maneira definitiva ou automática,¹⁶ pois será sempre necessário analisar, no caso concreto, a função efetivamente desempenhada no contrato pela cláusula penal.

Antiga controvérsia, o debate em torno da possibilidade de que o credor abrisse mão da previsão da cláusula penal compensatória e requeresse perdas e danos na via judicial foi superada pelo art. 416, parágrafo único, do Código Civil, que, neste passo, prestigiou a autonomia dos contratantes: a possibilidade de indenização suplementar deve ser expressamente convencionada no contrato; somente nestes casos, a indenização poderá ser superior à estabelecida pela cláusula penal, condicionada à prova do prejuízo excedente.

¹⁵ “Direito civil. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Inadimplemento parcial. Atraso na entrega do imóvel. *Mora. Cláusula penal. Perdas e danos. Cumulação. Possibilidade.* 1. – A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. *Se a cláusula penal compensatória funciona como prefixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora.* 2. – Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema. 3. – O promitente comprador, em caso de atraso na entrega do imóvel adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, mesmo que tardio da obrigação e ainda a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendadora. 4. – Recurso Especial a que se nega provimento” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.355.554/RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 6.12.2012. Grifos nossos). Também nesta linha, STJ, 3ª T. REsp nº 953.907/MS. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.3.2010; STJ, 4ª T. AgRg no Ag nº 741.776/MS. Rel. Min. Raul Araújo, j. 7.11.2013.

¹⁶ “embora a associação não possa ser feita de maneira definitiva, jurisprudência e doutrina têm reconhecido nas cláusulas penais compensatórias a função indenizatória, enquanto nas cláusulas penais moratórias prevaleceria a função punitiva” (KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 5).

2.2 Limitações à autonomia negocial na cláusula penal

Como se viu logo acima, o legislador do Código Civil de 2002 reforçou a autonomia dos contratantes no que diz respeito à estipulação da cláusula penal, estabelecendo regras como a impossibilidade de indenização suplementar caso não haja sido expressamente convencionada e a desnecessidade de alegação de prejuízo pelo credor (cf. art. 416).

A autonomia das partes, contudo, não é ilimitada no âmbito da estipulação e dos efeitos da cláusula penal – assim como, de resto, não o deve ser em nenhuma hipótese. Afinal, a

autonomia privada nunca é um valor em si, ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento e, portanto, é necessário sempre verificar se o exercício dessa prerrogativa ocorreu em acordo com as regras e princípios aplicáveis.¹⁷

No caso da cláusula penal, o ordenamento jurídico e a jurisprudência acabaram por fornecer uma importante gama de instrumentos de controle funcional-valorativo à autonomia das partes, possibilitando que a livre estipulação da cláusula seja temperada e valorada pelos princípios subjacentes à atividade negocial, “como a boa-fé, a função social do contrato, o equilíbrio econômico e a proteção dos vulneráveis”.¹⁸ Uma análise aprofundada de todos estes instrumentos escapa aos objetivos do presente trabalho. Contudo, faz-se necessário abordá-los, ainda que sumariamente e de modo exemplificativo, por conta do impacto que a existência desta estrutura legal protetiva dos contratantes pode desempenhar nas conclusões que se seguirão.

Pois bem. Em primeiro lugar, é sabido que o art. 413 do Código Civil estabelece como dever¹⁹ do juiz a *redução equitativa* do valor da cláusula penal, quando o valor da penalidade for *manifestamente excessivo* diante da *natureza e da finalidade* do negócio, bem como quando houver o cumprimento parcial da obrigação.

Na tormentosa configuração dessa excessividade, a referência do legislador à finalidade é muito bem-vinda, e sua aplicação atrai conceitos como a função

¹⁷ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 5.

¹⁸ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 6.

¹⁹ O Código de 1916 possuía disposição semelhante, referindo-se, porém, a um “poder” do juiz. Em louvável alteração, o Código Civil de 2002 atribui ao magistrado um “dever”, que é, portanto, imperativo, exercível de ofício, e decorre da função social da qual se reveste o contrato no ordenamento jurídico.

econômico-individual do contato, o equilíbrio das prestações, e o próprio princípio da boa-fé. Como ensina Carlos Nelson Konder, a norma do art. 413 do Código Civil

permite adotar a perspectiva funcional no exame da excessividade. Neste ponto, deve-se levar em conta a função indenizatória, punitiva ou penitencial da cláusula, pois a função irá necessariamente interferir nos critérios adotados. Todavia, mais importante é levar em conta, como indica o dispositivo, a finalidade do negócio, isto é, a função econômico-individual, concretamente estabelecida, do acordo como um todo, pois é ela que determinará sua qualificação mais adequada.²⁰

A possibilidade de redução equitativa é inderrogável pelas partes:²¹ afinal, caso não o fosse, a efetividade e a funcionalidade do dispositivo restariam severamente prejudicadas. A norma pode também ser aplicada, em tese, às cláusulas penais moratórias,²² inobstante o uso do termo “obrigação principal” pela redação do art. 413. Ademais, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a redução equitativa não é necessariamente proporcional (nos casos de cumprimento parcial), devendo ser considerada a potencialidade lesiva do inadimplemento da parte, e não apenas a porcentagem da obrigação que foi satisfeita.²³

Tratando-se, por fim, de relações de consumo, a restrição à autonomia das partes na estipulação da cláusula penal torna-se ainda mais intensa. O art. 52, §2º do Código de Defesa do Consumidor limita, por exemplo, a cláusula penal moratória a dois por cento do valor da prestação. O art. 53 do mesmo diploma proíbe a cláusula de decaimento. Na mesma linha, o art. 51 prevê a nulidade de quaisquer cláusulas

²⁰ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 7.

²¹ Nesse sentido, KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 7. Em sentido contrário, Caio Mário, para quem possuiriam as partes “liberdade de ajustar o limite da redutibilidade, ou ainda a própria irredutibilidade, tanto mais que a finalidade cogente da pena convencional poderia frustrar-se com a perspectiva de sua diminuição, e o ajuste contrário a esta restituí-lhe todo o prestígio” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2. p. 155-156).

²² “[...] quanto à cláusula penal moratória, a possibilidade de redução judicial apresenta-se mais distante, uma vez que esta foi estipulada justamente para prevenir e castigar a impontualidade. Entretanto, nenhum óbice surge à redução judicial de cláusula penal moratória quando esta for manifestamente excessiva, traduzindo-se em indevido castigo ao devedor (STJ, 4ª T., REsp 265.092, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 07.03.02, publ. 14.04.02; STJ, 4ª T., REsp 1.642, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 13.02.1990, publ. 16.08.99)” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. I. p. 760).

²³ STJ, 4ª T. REsp nº 62.730/DF. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.6.1995. Seguindo a mesma linha, o teor do Enunciado nº 359 das Jornadas de Direito Civil: “A redação do art. 413 do CC/2002, não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”.

ditas abusivas, cujo rol ali estabelecido é considerado meramente exemplificativo.²⁴ Há ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da inversão, a favor do consumidor, da cláusula penal, quando o inadimplemento for do vendedor.²⁵

2.3 Breve análise das arras

Em síntese, denominam-se arras:

importância em dinheiro ou a coisa dada por um contratante ao outro, por ocasião da conclusão do contrato, com o escopo de firmar a presunção de acordo final e tornar obrigatório o ajuste; ou ainda, excepcionalmente, com o propósito de assegurar, para cada um dos contraentes, o direito de arrependimento.²⁶

Instituto milenar que, alegadamente, teve sua origem nos contratos espon-salícios²⁷ (o antiquado “dote”), as arras são cláusula acessória ao contrato, de natureza real – sendo este, inclusive, o aspecto estrutural que mais as diferencia da cláusula penal, dado o caráter obrigacional, ou pessoal, desta última.

Muitas são as funções reclamadas pelo instituto das arras, a depender das características do ordenamento jurídico no qual esteja inserido e da situação concreta na qual atue. Isso porque, a depender das regras que a estruturam, as arras podem ter função penitencial, confirmatória, ou simplesmente indenizatória. No direito francês, por exemplo, as arras possuem uma função tipicamente penitencial, já que em regra sua aposição confere aos contratantes o direito de arrependimento.²⁸ No direito alemão, por outro lado, exercem função tipicamente confirmatória do contrato, e, no caso de inadimplemento culposo, quem as recebeu tem o direito de retê-las.²⁹

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 873.

²⁵ V., por exemplo, STJ, 4ª T. REsp nº 955.134/SC. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 16.8.2012. A matéria está atualmente sobrestada, por conta da afetação do REsp nº 1.614.721/DF, decidida em 26.4.2017.

²⁶ ROCHA, José Dionízio da. Das arras ou sinal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 540.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2. p. 349.

²⁸ *Verbis*, Código Civil francês, art. 1.590: “Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s’en départir, Celui qui les a données, en les perdant, Et celui qui les a reçues, en restituant le double”.

²⁹ *Verbis*, BGB, art. 338: “If the performance owed by the giver of the earnest becomes impossible due to a circumstance for which he is responsible, or if the giver of the earnest is responsible for the cancellation of the contract entered into, the recipient of the earnest may retain it. If the recipient demands damages for

No direito brasileiro, a melhor doutrina afirma que as arras exercem função primordialmente indenizatória,³⁰ o que se dá pelas previsões constantes dos arts. 418 e 419 do Código Civil, que estabelecem a perda das arras dadas – ou a devolução em dobro das recebidas – como indenização mínima preestabelecida para o inadimplemento culposos da obrigação.

Reforça tal conclusão a própria localização topográfica do instituto no âmbito do Código Civil, eis que ele foi inserido entre as consequências do inadimplemento das obrigações (Título IV), junto às perdas e danos, aos juros legais e à cláusula penal. Nas palavras de Agostinho Alvim, idealizador desta parte do Código, “[a]s arras constituem outro caso de indenização prefixada pelas partes e por isso o anteprojeto colocou o respectivo capítulo logo em seguida ao da cláusula penal, com a qual elas têm parentesco próximo”.³¹

No que se refere à tipologia, dividem-se as arras em confirmatórias e penitenciais. Como visto, as arras confirmatórias constituem a regra geral na disciplina do Código Civil, dependendo as arras penitenciais de previsão expressa nesse sentido.³²

O inadimplemento culposos da obrigação dá à parte prejudicada o direito de retenção das arras confirmatórias (cf. art. 418 do Código Civil), que valerão então como mínimo indenizatório pelo descumprimento da obrigação, cabendo indenização suplementar (art. 419 do Código Civil) se provado maior prejuízo – regra esta que vale tanto nos casos de inadimplemento total como naqueles de simples atraso, ou mora, já que o ordenamento não as diferencia.³³ Vê-se aí importante diferença em relação à disciplina da cláusula penal, já que esta, em regra, inadmite indenização suplementar, a não ser que tal possibilidade haja sido expressamente pactuada. Outrossim, na hipótese de adimplemento da obrigação, as arras serão devolvidas por quem as recebeu ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal (cf. art. 417 do Código Civil).

non-performance, the earnest must, in case of doubt, be credited against it, or if this cannot occur, must be returned when damages are paid”.

³⁰ “Parece haver uma certa resistência na doutrina em admitir que as arras possuam função primordialmente indenizatória, por mais que uma interpretação sistemática deste instituto, no nosso direito, demonstre ser essa a principal função das arras” (ROCHA, José Dionízio da. Das arras ou sinal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 552).

³¹ ALVIM, Agostinho *apud* ROCHA, José Dionízio da. Das arras ou sinal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 554.

³² GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 119.

³³ “As arras têm um sistema unitário, prefixando o mínimo da indenização tanto para o caso de inadimplemento absoluto como para o caso de mora” (KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 4).

As arras penitenciais, por sua vez, são reguladas apenas pelo art. 420 do Código Civil, e referem-se, como já visto, a um direito de arrependimento conferido às partes. É que, nessas situações, as arras penitenciais terão a função de preço pago pelo exercício do direito de arrependimento, que será um ato lícito, não havendo que se falar em indenização suplementar.³⁴

Vê-se, então, que as arras (notadamente as confirmatórias) não destoam, em sua funcionalidade, da cláusula penal, existindo entre elas somente diferenças estruturais pontuais, sendo a principal delas a natureza real das arras, em oposição à natureza obrigacional da multa.³⁵

Dada essa aproximação funcional, é natural que surjam, na praxe, algumas dúvidas e perplexidades, decorrentes das similaridades entre os dois institutos.

Há, por exemplo, significativa discussão acerca da possibilidade de extensão às arras da norma que permite ao juiz reduzir equitativamente o valor manifestamente excessivo, prevista para a cláusula penal no já tratado art. 413 do Código Civil. Nessa questão, apesar das vozes destoantes,³⁶ o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela admissibilidade, em tese, da redução equitativa das arras,³⁷ justamente por conta da identidade funcional entre ambas as figuras.

Outra problemática proveniente desta similaridade funcional é a que se vê do caso em comento, no qual, escorando-se na função indenizatória exercida concomitantemente por ambos institutos, o Superior Tribunal de Justiça vedou a cumulação das arras confirmatórias com a cláusula penal compensatória, diante da ocorrência de inadimplemento culposos do devedor.

³⁴ Nesse sentido, a Súmula nº 412 do Supremo Tribunal Federal: “No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo”.

³⁵ SOMBRA, Thiago Luís Santos. As arras e a cláusula penal no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 917, mar. 2012. p. 6.

³⁶ Contra a extensão às arras de tal possibilidade, v. SOMBRA, Thiago Luís Santos. As arras e a cláusula penal no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 917, mar. 2012.

³⁷ Nesse sentido, *vide* acórdão do STJ, de relatoria da Min. Nancy Andrighi: “Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de resolução de promessa de cessão de direitos aquisitivos sobre imóvel, c/c pedido de indenização por perdas e danos e reintegração de posse. [...] Arras. Função indenizatória na hipótese de inadimplemento. Art. 418 do CC/02. Redução equitativa. Possibilidade, em tese. [...] 4. Do regramento constante dos arts. 417 a 420 do CC/02, verifica-se que a função indenizatória das arras se faz presente não apenas quando há o lícito arrependimento do negócio, mas principalmente quando ocorre a inexecução do contrato. [...] 8. É admissível a redução equitativa das arras quando manifestamente excessivas, mediante a aplicação analógica do art. 413 do Código Civil. [...] 11. Recurso especial conhecido e não provido” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.669.002/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.9.2017. Grifos nossos).

3 Da impossibilidade de cumulação das arras confirmatórias com a cláusula penal compensatória

Tendo como premissa os conceitos acima expostos, parece não restar dúvidas de que há uma identidade funcional entre as arras – notadamente as confirmatórias – e a cláusula penal compensatória. Tratam-se de institutos “diferentes em ‘como são’, mas similares no ‘para que servem’”, como já anteviu Carlos Nelson Konder.³⁸

Afinal, e dado o atual estágio de evolução do direito privado, que se afasta paulatinamente de seu caráter sancionatório e meramente punitivo³⁹ em direção a uma abordagem promocional e funcional do direito, é imperioso reconhecer que ambas as figuras tratadas exercem função tipicamente indenizatória, regulando aprioristicamente os efeitos indenizatórios do inadimplemento contratual. Tal afirmativa é, de resto, corroborada pela própria estrutura conferida aos institutos pelo Código Civil de 2002, como se pretendeu demonstrar.

Partindo-se desses pressupostos, e em que pese a existência de abalizadas opiniões em contrário,⁴⁰ a incidência de ambas as figuras ao devedor inadimplente afigura-se realmente insustentável, já que, nesse caso, estar-se-ia penalizando-o duplamente pela mesma inexecução contratual (*bis in idem*), o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

É de se notar também que, como já notado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema,⁴¹ a eventual cumulação da cláusula penal com a perda das arras poderia ensejar a condenação do devedor inadimplente a valor superior ao da obrigação principal, o que é vetado pelo art. 412 do Código Civil.⁴²

³⁸ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 2.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 525.

⁴⁰ Em sentido contrário ao ora sustentado, confira-se a lição de Thiago Sombra: “Ressalve-se, por fim, que é plenamente possível que um contratante previdente queira cumular, em um mesmo contrato, o emprego de cláusula penal e arras – mesmo as confirmatórias –, com o intuito de resguardar e assegurar o cumprimento da prestação avençada. É o caso, por exemplo, do art. 418. Aquele que der arras perdê-las-á em benefício daquele que as recebeu, caso venha a tornar impossível a prestação. Se os contratantes estipularam a cláusula penal, o contratante responsável pela obstacularização perderá as arras e, ainda, incorrerá no descumprimento do contrato, devendo, portanto, o valor a título de cláusula penal” (SOMBRA, Thiago Luís Santos. As arras e a cláusula penal no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 917, mar. 2012. p. 88).

⁴¹ STJ, 3ª T. REsp nº 1.381.652/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.8.2014.

⁴² É importante observar que o mencionado art. 412 do Código não escapa a críticas por parte da doutrina. Nesse sentido, se o limite imposto pelo valor da obrigação principal “envolve apenas o seu objeto, isto é, o valor nominal da prestação, o limite ficaria sempre aquém do prejuízo sofrido pelo credor, pois

Em seu voto condutor do REsp nº 1.617.652-DF, ora analisado, a Ministra Nancy Andrighi corrobora fortemente com tal posicionamento. Após discorrer sobre as similaridades estruturais dos institutos, afirma a julgadora que “na hipótese de inadimplemento, as arras funcionam como uma espécie de *cláusula penal compensatória*, representando o valor previamente estimado pelas partes para indenizar a parte não culpada pela inexecução do contrato” (grifos no original). E tal efeito indenizatório, segundo a ministra,

se opera *ipso facto*, ou seja, independentemente de previsão contratual que estipule a perda das arras se houver descumprimento do ajuste. Não havendo cláusula contratual em sentido contrário, o inadimplemento tem por consequência imediata a perda das arras entregues ou recebidas no início da contratação, por força do disposto no art. 418 do CC/02.

É por isso, continuou a Ministra Nancy Andrighi, que, diante da natureza indenizatória das arras na hipótese dos autos, seria forçoso reconhecer a impossibilidade de cumulação dos institutos, em face do “princípio geral da proibição do *non bis in idem* (proibição da dupla condenação a mesmo título)”. E tal conclusão parece acertada, pelos motivos vistos acima.

4 Críticas à prevalência, em tese, da retenção das arras em detrimento da cláusula penal

Concluindo-se pela impossibilidade de cumulação, em face do inadimplemento absoluto da obrigação, da cláusula penal compensatória e da retenção das arras confirmatórias, uma última questão prática salta aos olhos do operador do direito: identificar qual dessas figuras deverá, em tese, prevalecer como penalidade ao devedor faltoso.

este, ao não receber a prestação, tem direito à indenização não apenas do equivalente pecuniário, mas também dos demais danos emergentes e ainda dos lucros cessantes. Assim, uma multa compensatória em promessa de compra e venda de imóvel que estivesse limitada ao valor do imóvel não abrangeria o aluguel gasto pelo promitente comprador para residir em outro local ante a falta da entrega da habitação prometida. Se, contudo, em outra interpretação, o valor da obrigação principal significar a totalidade dos prejuízos sofridos diante do seu inadimplemento, a norma sofreria de outra dificuldade: calcular este valor total dos prejuízos, que será o limite máximo, era exatamente o que se buscava evitar quando se instituiu a cláusula penal” (KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4-5, mar./abr. 2014. p. 6). Opinando pela inocuidade do art. 412 diante da possibilidade de redução judicial e do já mencionado art. 416, parágrafo único, do Código, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2. p. 153.

O próprio Superior Tribunal de Justiça diverge sobre a questão, diga-se de passagem. Enquanto o acórdão ora analisado optou pela prevalência da retenção das arras, outro julgado do tribunal já adotou entendimento contrário,⁴³ aplicando tão somente a cláusula penal, e condenando o credor à restituição das arras confirmatórias recebidas. Ocorre que, em ambos os julgados, o Superior Tribunal de Justiça não se alongou propriamente sobre o tema, motivo pelo qual se faz necessária uma análise mais aprofundada dos critérios que possam nortear tal escolha.

Ao optar pela prevalência das arras, o acórdão analisado elencou dois argumentos, quais sejam (a) o fato de as arras confirmatórias constituírem “taxa mínima” indenizatória (art. 419 do Código Civil), ao contrário da cláusula penal compensatória, que, a princípio, inadmite indenização suplementar (art. 416, parágrafo único do Código); e (b) a natureza real do instituto, em contraposição à natureza pessoal, ou obrigacional, da cláusula penal.

Pois bem. Inobstante a propriedade dos argumentos elencados pela II. relatora em seu voto, parece-nos que, em uma avaliação abstrata e preliminar do problema, a prevalência possa ser conferida à incidência da cláusula penal compensatória, por motivos que remontam à funcionalidade e à própria estrutura dogmática do instituto. É o que se passa a explicar.

Como observado ao longo desta breve análise, a cláusula penal ganhou uma estrutura flexível no Código Civil de 2002 e, ao contrário das arras, foi dogmaticamente concebida pelo legislador pátrio como o instrumento típico, por excelência, à regulação voluntária dos efeitos indenizatórios decorrentes do inadimplemento contratual.

Por esse motivo, o quadro normativo da cláusula penal no diploma civil é composto por diversos mecanismos que buscam prestigiar, regular e otimizar a autonomia das partes: como se viu acima, nele prevê-se a possibilidade de sua redução judicial equitativa, baseada em critérios finalísticos como a proporcionalidade e a razoabilidade da pena;⁴⁴ o valor total da obrigação é limitado apenas ao valor total da obrigação, conferindo aos contratantes ampla margem de manobra à estipulação do montante devido, mas com um limite expressamente definido.

A dogmática da cláusula penal ainda prestigia a gestão de riscos desejada pelas partes ao prever, em regra, a suficiência do valor ali estipulado, não sendo permitida indenização suplementar. Desse modo, confere-se maior segurança aos contratantes, os quais têm a certeza de que o montante previamente estabelecido

⁴³ STJ, 3ª T. REsp nº 1.381.652/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.8.2014.

⁴⁴ Para uma análise mais aprofundada do tema, v. MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: ASSIS, Araken *et al.* (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 61 e ss.; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

não será majorado, a não ser que assim tenham previsto expressamente no acordo (cf. art. 416, parágrafo único, do Código Civil).

Tratando-se de cláusula penal inserida em relação de consumo, o perigo de se prestigiar acriticamente a autonomia das partes em detrimento da hipossuficiência do consumidor é mitigado pelo próprio código consumerista, que ameniza a incidência da pena em diversos dispositivos. Assim, quando fixada a favor do fornecedor, a cláusula penal deverá ser analisada à luz do art. 51, IV e §1º do CDC, cumulado com o art. 413 do CC; quando a favor do consumidor, será analisada sob a ótica do princípio da reparação integral, de modo a aferir se, indiretamente, limita a responsabilidade do fornecedor e viola o art. 51, I, do CDC, entre outros.⁴⁵

Assim, e voltando ao primeiro argumento elencado pelo voto analisado, percebe-se que o fato de a cláusula penal configurar um montante indenizatório fixo, a princípio inalterável, é na realidade extremamente positivo, já que prestigia a gestão de riscos voluntariamente assumida pelos contratantes, bem como a segurança jurídica das relações contratuais em geral. Outrossim, naqueles casos em que houver a configuração de uma situação de hipossuficiência da parte contratante, a aplicação do CDC bastará à mitigação da rigidez da cláusula penal – sendo, portanto, desnecessário prestigiar a retenção das arras somente para tal finalidade, como fez o acórdão.

Já em relação ao segundo argumento suscitado pelo voto condutor, de que a natureza real das arras favoreceria a sua prevalência em tese, parece que a vantagem pragmática ínsita ao raciocínio não se justifica na maioria dos casos. Veja-se.

É que na maioria dos contratos – inclusive o do julgado ora analisado – nos quais ocorre a situação de dupla incidência da cláusula penal compensatória e das arras confirmatórias, ambas as penalidades são previstas em pecúnia, fazendo com que, caso se opte pela prevalência da multa em detrimento das arras (como parecer ser a opção do Código Civil), seja suficiente a compensação entre o valor das arras a serem retidas pelo credor e o da cláusula penal a ser recebida, cabendo a este simplesmente restituir o valor recebido a maior (caso as arras sejam superiores à penalidade) ou, no caso contrário, cobrar do devedor o faltante. Contudo, é claro que, dependendo das particularidades do caso concreto, a prevalência das arras pode ser entendida como a melhor solução, pretendida pelas partes em uma análise funcional do regramento contratual.

Por conseguinte, no que se refere à prevalência conferida às arras pelo acórdão ora analisado, tende-se a concordar com a conclusão diversa alcançada pelo

⁴⁵ OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 25, v. 105, maio/jun. 2016. p. 287 e ss. Cabe destacar, neste ponto, o Enunciado nº 430 da V Jornada de Direito Civil: “No contrato de adesão, o prejuízo comprovado do aderente que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor independentemente de convenção”.

Min. Paulo de Tarso Sanseverino no julgamento do REsp nº 1.381.652/SP, segundo o qual, presentes as duas figuras no regramento contratual, a prevalência deve ser em regra conferida à multa voluntariamente estipulada.

5 Conclusão

Como se viu ao longo desta análise, os problemas abordados pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do REsp nº 1.617.652/DF são de suma importância à disciplina das consequências do inadimplemento, e merecem uma destacada atenção do intérprete.

A conclusão alcançada pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de coibir a cumulação, no âmbito da inexecução contratual definitiva, da cláusula penal compensatória e da retenção das arras confirmatórias, é uma contribuição jurisprudencial importante à sistematização dos efeitos do descumprimento contratual – matéria esta sensível e de grande repercussão prática no cenário econômico e judicial do país –, e parece ser a que melhor se coaduna com a similaridade funcional de que ambas figuras gozam no ordenamento jurídico brasileiro.

Já em relação à qual dos dois institutos deva prevalecer, em abstrato, no regramento contratual, esse breve comentário acabou por seguir entendimento contrário ao do acórdão analisado, no que se considerou uma tentativa de prestigiar a autonomia contratual e a gestão de riscos assumida pelas partes. Longe de ser inédito, a prevalência da cláusula penal já havia sido inclusive adotada pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça, em outro caso similar.

Assim, e através da breve análise empreendida, buscou-se dar maior visibilidade ao que se considera um marco jurisprudencial sobre o tema dos efeitos do descumprimento, e também aprofundar os argumentos ali utilizados, de modo a corroborar (ou não) as conclusões obtidas pelo tribunal. Espera-se que a missão tenha sido exitosa.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FAORO, Guilherme de Mello Franco. Comentário sobre o REsp nº 1.617.652/DF e a sistematização da disciplina das arras e da cláusula penal nas perdas e danos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 19, p. 159-176, jan./mar. 2019.
