

(Im)possibilidade de retenção das arras confirmatórias segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Júlia Ribeiro de CASTRO*

RESUMO: O estudo visa investigar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que tange à possibilidade de retenção das arras confirmatórias por aquele que não deu causa à extinção do contrato (artigo 418 do Código Civil), através da análise das recentes decisões jurisprudenciais sobre o tema. Foi constatado que a imensa maioria delas concluem pela impossibilidade de retenção, não obstante a existência de norma legal expressa em sentido contrário. Diante da similaridade de fundamento entre os julgados (afirmação de que as arras confirmatórias não se confundem com a prefixação de perdas e danos, visto que servem de garantia do negócio e possuem característica de início de pagamento), foram selecionados dois para estudo (AgInt no AgRg no REsp 1.197.860/SC e AgInt no REsp n. 1.893.412/SP). Em seguida, foram assentados os pressupostos dogmáticos necessários à análise dos julgados, a fim de, no capítulo seguinte, elaborarmos sua análise crítica, desconstruindo premissa constante da afirmação de que ela configura “início de pagamento”. Afasta-se, igualmente, a aplicabilidade do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor às arras e analisa-se as arras na Lei do Distrato. Por fim, o estudo busca responder à indagação acerca da possibilidade, ou não, da retenção das arras segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, concluindo pela inadequação da afirmação acerca da impossibilidade de retenção.

PALAVRAS-CHAVE: Arras; sinal; confirmatória; retenção.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre possibilidade de retenção das arras no recorte temporal de 2009 a 2023; – 3. Descrição dos julgados do STJ: AgInt no AgRg no REsp 1.197.860/SC e AgInt no REsp n. 1.893.412/SP; – 4. Pressupostos dogmáticos necessários à análise dos julgados; – 5. Análise crítica dos julgados; – 6. Inaplicabilidade do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) às arras; – 7. As arras na Lei do Distrato (Lei 13.786/18); – 8. Afinal, é possível ou não a retenção das arras, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça?; – 9. Considerações finais; – Referências.

TITLE: *(Im)possibility of Down Payments Retention According to the Jurisprudence of the Superior Court of Justice*

ABSTRACT: *The study aims to investigate the position of the Superior Court of Justice regarding the possibility of confirmatory down payments retention by those who did not violate the contract (article 418, Civil Code), through the analysis of recent jurisprudential decisions on the subject. It was found that the vast majority of them conclude that retention is impossible, despite the existence of a legal rule expressed to the contrary. Given the similarity of basis between the judgments (statement that confirmatory down payments are not to be confused with the prefixing of losses and damages, as they serve as a guarantee for the business and have the characteristic of initiating payment), two were select for study (AgInt no AgRg no REsp 1.197.860/SC e AgInt no REsp n. 1.893.412/SP). Then, the dogmatic assumptions necessary for the analysis of the judgments were established, so that, in the following chapter, we elaborate their critical analysis, deconstructing the constant premise of the statement that it constitutes “beginning of payment”. The applicability of article 54 of the Consumer Protection Code to the down payments is also ruled out and the down payment is analyzed int the Cancellation Law. Finally, the study seeks to answer the question about the possibility, or not, of retaining down payments according to the*

* Doutoranda, Mestre e Especialista em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

jurisprudence of the Superior Court of Justice, concluding that the statement regarding the impossibility of retention is inadequacy.

KEYWORDS: *Downpayments; confirmatory; retention.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Analysis of the decisions of the Superior Court of Justice on the possibility of retaining down payments in the time frame from 2009 to 2023; – 3. Description of the STJ judgments: AgInt in AgRg in REsp 1.197.860/SC and AgInt in REsp n. 1,893,412/SP; – 4. Dogmatic necessary assumptions for the analysis of the judgments; – 5. Critical analysis of the judgments; – 6. Inapplicability of article 53 of the Consumer Protection Code (Law 8.078/90); – 7. The rules of the Rescission Law (Law 13.796/18); – 8. After all, is it possible or not to retain the down payments, according to the jurisprudence of the Superior Court of Justice?; – 9. Final considerations; – References.*

1. Introdução

O presente estudo visa investigar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que tange à possibilidade de retenção das arras confirmatórias, nos termos do artigo 418 do Código Civil que prevê, em sua primeira parte, o direito de retenção das arras por aquele que, tendo recebido as arras, não deu causa à extinção do contrato, nos seguintes termos: “Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, *retendo-as*” (g.n.).

O dispositivo legal, que é de clareza solar, viabiliza o cumprimento de uma das principais funções das arras, conforme será mais bem desenvolvido a seguir, que é justamente a outorga de maior segurança jurídica àquele que recebeu as arras, na medida em que o direito de retenção outorga o caráter de autoexecutoriedade, seja ao viabilizar a direta aplicação da sanção pelo descumprimento, nas arras confirmatórias, seja para permitir o direito potestativo de arrependimento, nas arras penitenciais.

Talvez por esta razão é que, salvo uma única exceção,¹ não se encontram na doutrina discussões jurídicas que abordem o tema da suposta impossibilidade de retenção, já que todos os autores pesquisados limitam-se a afirmar que quem dá as arras as perde para a parte contrária, à qual é assegurado o direito de retenção, sem tecer quaisquer considerações em relação a existência de alguma norma que impediria o exercício deste direito.

A importância do estudo deste tema revela-se seja em razão do escasso material doutrinário existente a seu respeito, seja em razão de consistir na principal razão dos recursos chegarem na instância do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, conforme será demonstrado no primeiro tópico, é exatamente a discussão sobre a possibilidade, ou não, de retenção de arras

¹ 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, 2022.

que justifica a interposição de recursos neste tribunal, afastando as demais questões que também são invocadas como controvertidas pela doutrina, como a aplicação do artigo 413 do Código Civil ou a discussão acerca da inacumulabilidade das arras com cláusula penal, em relações às quais, conforme será demonstrado, foi encontrada uma única decisão para cada, no arco temporal de 01.01.2022 a 31.03.2024.

2. Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre possibilidade de retenção das arras no recorte temporal de 2009 a 2023

As autoras Julia Chassot Loureiro Maineri e Yasmin Saba, no artigo “a retenção das arras confirmatórias sob a ótica do direito do consumidor e do entendimento jurisprudencial”² investigam, através de interessante estudo, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no arco temporal de 2009 a 2021, através de pesquisas com as palavras chaves “arras confirmatórias” e “arras e retenção”, tendo chegado a um resultado de 70 (setenta) decisões abordando o tema, sendo que 17 (dezessete) decidiram pela retenção integral ou parcial das arras confirmatórias, enquanto 40 (quarenta) concluíram pela não retenção destas em caso de resolução contratual por quem prestou as arras.

As autoras constataram, no acórdão 1.197.860/SC,³ uma espécie de marco que conduziu para uma relativa pacificação sobre o assunto, já que, após este julgamento, aumentaram

² *Ob. cit.*

³ “Agravo interno no agravo regimental no recurso especial. Análise de matéria constitucional. Impossibilidade. Cláusula penal. Reconhecimento. Revisão. Impossibilidade. Súmulas 5 e 7 do STJ. Arras confirmatórias. Impossibilidade de retenção. Cláusula penal excessiva. Perda da totalidade dos valores pagos. Redução. Possibilidade. Revisão. Impossibilidade. Súmulas 5 e 7 do STJ. Súmula 284 do STF. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. 1. Consoante disposto no art. 105 da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação de dispositivo constitucional nem sequer a título de prequestionamento. 2. Para suplantar a cognição estadual que, à luz das peculiaridades do caso concreto, considerou tratar-se, a hipótese vertente, de cláusula penal compensatória fixada de forma excessiva (o que motivou sua adequação com a consequente estipulação de percentual de retenção razoável e proporcional às perdas e danos dos vendedores), seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos e a interpretação de cláusulas contratuais, o que é vedado pelos enunciados das Súmulas 5 e 7 do STJ. 3. Ainda que de arras confirmatórias se tratasse, importa consignar que esta Corte Superior perfilha o entendimento de que 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. 4. É abusiva a cláusula do distrato de contrato de compra e venda que estipula a retenção integral das parcelas pagas pelo comprador. 5. É possível a redução da cláusula penal compensatória a patamar justo quando verificada a onerosidade ao promissário-comprador. 6. Elidir as conclusões do aresto impugnado, que considerou excessiva e, portanto, geradora de enriquecimento sem causa, a cláusula penal inserta no contrato em apreço, fixando, por via de consequência, sua redução à percentual de 25% do valor total pago, demandaria a reinterpretação de cláusulas contratuais, bem como o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice nos enunciados das Súmulas 5 e 7 do STJ. 7. No que diz respeito ao pedido de indenização a título de fruição do imóvel, o recorrente não indicou os dispositivos legais eventualmente violados pelo acórdão recorrido, não observando, portanto, a técnica própria de interposição do recurso especial, o que atrai a incidência da Súmula 284/STF. 8. A simples transcrição de ementas não basta para que se configure a divergência jurisprudencial alegada. Impõe-se a demonstração do dissídio com a reprodução dos segmentos assemelhados ou divergentes entre os paradigmas colacionados e o aresto hostilizado, o que incorreu no presente caso. 9. Agravo interno não provido” (AgInt no AgRg no REsp n. 1.197.860/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5/12/2017, DJe de 12/12/2017).

significativamente a quantidade de decisões concluindo pela impossibilidade de retenção das arras.

Enquanto antes deste julgamento, das 20 (vinte) decisões encontradas, 10 (dez) delas decidiram pela retenção do valor pago a título de arras confirmatórias e as outras 10 (dez) concluíram pela necessidade de devolução das arras, rechaçando sua retenção (50% para cada posicionamento). Após referido julgamento, das 37 (trinta e sete) decisões encontradas, apenas 07 (sete) concluíram pela retenção total ou parcial (06 parciais e 01 total), sendo que as outras 30 (trinta) remanescentes rejeitaram a possibilidade de retenção das arras, ou seja, um percentual superior a 80% das decisões.

Para complementar e atualizar este estudo, foi feita nova pesquisa, exclusivamente com a utilização da expressão “arras”, no lapso temporal de 01.01.2022 a 31.03.2024, cuja pesquisa apresentou resultado de 64 (sessenta e quatro) decisões, das quais:⁴ 06 (seis) não chegaram sequer a fazer menção à matéria, invocando a súmula 07 que impede reexame de prova em Recurso Especial;⁵ 01 (uma) também aplicou a súmula 07, levando em consideração que não foi discutida nas instâncias ordinárias a circunstância de se tratar de arras confirmatórias ou penitenciais;⁶ 01 (um) apreciou a possibilidade de redução equitativa das arras confirmatórias e penitenciais;⁷ 01 (uma) abordou a questão acerca da impossibilidade de cumulação de arras com cláusula penal compensatória;⁸ 01 (uma) discutiu-se exclusivamente acerca do pagamento de taxa de ocupação em imóvel não edificado;⁹ 01 (uma) fez referência às arras no direito penal, no âmbito da Lei de Organização Criminosa;¹⁰ 03 (três) acórdãos não falam sobre retenção, mas admitem como razoável a retenção de 10 a 25% dos valores pagos;¹¹ 08 (oito) admitem retenção de parte do valor pago; 03 (três) admitiram a possibilidade de retenção de arras;¹² 03 (três) admitiram a devolução da arras, mais o equivalente, nas quais foi reconhecida culpa do promitente vendedor;¹³ nada menos que 36 (trinta e seis) decisões concluíram pela impossibilidade de retenção.¹⁴

⁴ Os acórdãos serão mencionados a título de exemplos para cada hipótese, não esgotando necessariamente aqueles existentes.

⁵ AgInt no AREsp 1972133 / RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. em 17.10.2022.

⁶ AgInt no REsp 2067543 / SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 14.08.2023

⁷ AgInt no AREsp 2042338 / RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 15.08.2022

⁸ AgInt no AREsp 1942925 / PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. em 26.06.2023

⁹ AgInt no REsp 2032609 / SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. em 02.10.2023

¹⁰ AgInt no AREsp 1983147 / RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 25.09.2023

¹¹ AgInt no REsp 2049633 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 09.10.2023

¹² EDcl no AgInt no AREsp 2165140 / CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21.08.2023

¹³ AgInt nos EDcl no AREsp 1659480 / RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 30.05.2022.

¹⁴ Muitas destas consta invocação das súmulas 05, 07 ou 83 para não ingressar no mérito, mas acabam se manifestando sobre impossibilidade de retenção, algumas das quais até citando acórdãos anteriores neste sentido. Exemplo: AgInt nos EDcl no REsp 1924480 / SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 04.12.2023.

Como se pode inferir através do resultado da pesquisa efetuada é que em relação a todas as controvérsias que potencialmente poderiam ensejar a provocação do Superior Tribunal de Justiça para se manifestar (64 decisões), mais de 50% deles (34 decisões) concluem inequivocamente pela impossibilidade de retenção das arras, o que revela a importância do aprofundamento sobre o tema, diante do equívoco substancial que incide sobre as razões justificadoras de tal conclusão, que será melhor explorada em item próprio.

Este percentual afigura-se ainda mais estarrecedor, ao limitarmos nossa pesquisa apenas às questões referentes propriamente à possibilidade, ou não, de retenção, hipótese na qual chegamos a um montante de 47 decisões, entre as quais apenas 03 (três) admitiram a possibilidade de retenção das arras; 08 (oito) mencionam a possibilidade de retenção de parte do valor pago e 36 (trinta e seis) concluem pela impossibilidade de retenção. Nesta hipótese, atinge-se o percentual de 76% das decisões que não admitem retenção, 17% as que admitem retenção apenas parcial e menos de 7% representam as decisões que admitem retenção integral.

Em relação àquelas que afastam a possibilidade de retenção, constata-se uma certa constante de se invocar os seguintes acórdãos como reforço argumentativo para afastar o instituto da restituição: AgInt no AgRg no REsp 1.1978.60/SC de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, da 4ª Turma do STJ, julgado em 5/12/2017 (8 referências); AgInt no REsp n. 1.893.412/SP, Relatora Ministra Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgado em 7/12/2020 (8 referências); AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.884.664/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 5.5.2022 (3 referências) e AgInt no REsp n. 1.879.101/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 28/9/2020 (1 referência).

Todos eles têm em comum a seguinte fundamentação jurídica que supostamente justificaria o afastamento do instituto do direito de retenção e que será objeto de análise no próximo tópico:

Importa consignar que esta Corte Superior perfilha o entendimento de que 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.¹⁵

¹⁵ AgInt no AgRg no REsp 1197860/SC de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, da 4ª Turma do STJ, julgado em 5/12/2017.

Como o fundamento dos mencionados acórdãos são muito parecidos, foram eleitos os dois primeiros, que contam com maior referência pelas próprias decisões superiores do STJ, para serem objeto de análise, a fim de investigarmos se as razões invocadas como fundamento para afastar o direito de retenção se justificam perante o ordenamento jurídico brasileiro.¹⁶

3. Descrição dos julgados do STJ: AgInt no AgRg no REsp 1.197.860/SC e AgInt no REsp n. 1.893.412/SP

Conforme já mencionado supra, o Agravo Interno no Agravo Regimental no Recurso Especial número 1.197.860 de Santa Catarina, cujo Relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão, representou verdadeiro marco jurisprudencial, em razão de substancial modificação de posicionamento do STJ na matéria, já que antes dele referido Tribunal era bastante dividido em relação à questão da possibilidade, ou não, da retenção de arras e após este julgado, alterou-se o posicionamento para concluir, como regra, pela impossibilidade de retenção. Daí a importância de seu estudo para viabilizar a análise da *ratio decidendi* e aferir se a fundamentação jurídica é adequada para justificar o afastamento da regra legal que autoriza a faculdade de retenção por aquele que recebeu as arras.

Apesar do STJ ter invocado as súmulas 05¹⁷ e 07¹⁸ para não conhecer do recurso especial, ele curiosamente acaba entrando no mérito da controvérsia mencionando tanto a questão de se tratar de cláusula penal compensatória de forma excessiva, que motivou sua adequação com a consequente estipulação de percentual de retenção razoável e proporcional às perdas e danos dos vendedores, quanto deixou assentado que a Corte Superior perfilha o entendimento de que as arras confirmatórias não se confundem com prefixação de perdas e danos, tal como ocorre com o instituo 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. Ressaltou, ainda, ser abusiva a cláusula do distrato que estipula retenção integral das parcelas pagas pelo comprador e admitiu a possibilidade de redução da cláusula penal compensatória a patamar justo quando verificada onerosidade ao promissário-comprador.

¹⁶ Apenas adiantando o que será analisado em tópico infra (item 8), o curioso é que afirmam a impossibilidade de retenção, mas concluem pela possibilidade de retenção parcial.

¹⁷ A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

¹⁸ A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

No caso apreciado neste julgamento, as partes haviam celebrado contrato particular de compra e venda de terreno urbano, tendo sido estipulado como preço da “entrada” o valor de US\$ 22.000,00 (vinte e dois mil dólares), além de assunção de dívida relativa ao financiamento habitacional junto à Caixa Econômica Federal.

Em razão do inadimplemento do promissário comprador, foi pactuado distrato, no qual não se previu a restituição, sequer parcial, dos valores pagos em benefício do vendedor. Ajuizada ação pelo comprador para restituição parcial das quantias pagas, sobreveio sentença de improcedência, posteriormente reformada pelo Tribunal de origem que reconheceu a existência de cláusula penal excessiva, razão pela qual restringiu a retenção a 25% sobre a integralidade dos valores pagos, incluídas as prestações do financiamento habitacional.

O Tribunal *a quo*, ao analisar a condição “6” do distrato,¹⁹ que se refere à renúncia a qualquer direito decorrente do contrato, aliada às demais constantes no pacto firmado entre as partes em que não consta previsão de devolução de qualquer valor pago pelo apelante deveria ser considerada cláusula penal.

Levou-se em consideração, ainda, a circunstância do imóvel ter sido vendido a terceiros apenas dos meses após a realização do distrato, o que levaria à conclusão de que não teria havido maiores prejuízos advindos da frustração do negócio jurídico entabulado entre os litigantes.

Analisando as características do negócio concreto, concluiu que a multa de 25% do valor total pago pelo apelante, inclusive com a entrada, deveria ser calculada em liquidação de sentença, devendo ser devolvido ao comprador o valor resultado da diferença entre o valor desembolsado e o da multa determinada.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, invocou as súmulas 05 e 07, por entender que far-se-ia necessária a análise das peculiaridades do caso concreto, envolvendo revolvimento do acervo fático-probatório e interpretação de cláusulas contratuais.

¹⁹ “Cláusula 43 - Fica desde já claro, justo e acertado que se o COMPRADOR não quitar as obrigações ora assumidas, o VENDEDOR as quitará, retornando a posse e todos os direitos sobre o imóvel, renunciando o VENDEDOR a qualquer indenização ou valor sobre o bem objeto deste contrato.

6. Fica justo e acordado que definitivamente o ônus hipotecário e os direitos de uso e posse do imóvel retornam ao vendedor, nada mais restando de direitos de uso e posse do imóvel, retornando-os ao vendedor, nada mais restando de direitos e deveres do comprador desistente”.

No entanto, admite *ad argumentandum*, que mesmo que fossem arras de natureza confirmatória (o que aparentemente não restou comprovado), a Corte Superior perfilha o entendimento de que 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.

Assenta, contudo, que a Corte de origem, soberana na análise do arcabouço fático probatório carreado aos autos, concluiu que referida cláusula não seria de arras de natureza compensatória, mas verdadeira cláusula penal. Conclui pela abusividade da cláusula do distrato de compra e venda que estipula retenção integral das parcelas pagas pelo comprador, sendo admissível a redução da cláusula penal a patamar justo quando verificada a onerosidade ao promissário-comprador, mantendo a retenção de 25% por considerar razoável.

O acórdão proferido no Agravo Interno do Recurso Especial número 1.893.412 de São Paulo, da Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07 de dezembro de 2020, também muito citado nas decisões que concluíram pela impossibilidade de retenção de arras, caminha na mesma direção que o anteriormente analisado.

Já na ementa, é possível verificar que há repetição clara das expressões utilizadas pelo Relator Luis Felipe Salomão, já que afirma a impossibilidade de retenção em razão de ser garantia do negócio e por possuir característica de início de pagamento.

Trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com restituição dos valores pagos proposta pelos compradores, na qual pleiteia devolução dos valores pagos em parcela única, com retenção de apenas 10% da quantia paga, em razão da incapacidade financeira de dar continuidade ao pagamento das parcelas fixadas no contrato.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, para determinar a rescisão do contrato, bem como condenar a vendedora a restituir aos compradores 90% dos valores já quitados. O acórdão deu parcial provimento à apelação dos compradores. Considerou-se que diante da natureza confirmatória das arras configurar-se-ia adiantamento do preço devendo, portanto, tais valores integrarem os valores despendidos a este título para fins de repetição e retenção.

Superior Tribunal de Justiça, invocando a súmula 568,²⁰ deixou de apreciar a alegada indevida retenção do valor cobrado a título de arras, no entanto chegou a ponderar o seguinte sobre este aspecto:

Da renovada análise dos autos, confirmo a assertiva de que, ao concluir pelo não cabimento do pedido de retenção das arras, o TJ/SP aplicou corretamente a jurisprudência do STJ no sentido de que 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

Desta forma, mesmo informando que não decidiria neste aspecto, referido acórdão acabou por ratificar o entendimento que vem prevalecendo no sentido de não ser adequada a retenção das arras confirmatórias, diante da suposta função de início de pagamento.

4. Pressupostos dogmáticos necessários à análise dos julgados

As arras, ou sinal,²¹ remontam sua origem no direito romano, quando o mero consenso não era suficiente para outorgar obrigatoriedade aos pactos.²² Desde então, o instituto evoluiu perdendo este caráter de tornar obrigatório o pacto, passando a servir como elemento coercitivo, uma espécie de estímulo para as partes cumprirem o pactuado, já que sua desistência implicaria na perda das arras, ou a devolução mais o equivalente, dependendo da pessoa que deixa de adimplir.

Originalmente as arras possuíam a natureza exclusivamente confirmatória, reforçando-se o vínculo contratual para só posteriormente, com a reforma de Justiniano, elas assumirem, também, a função penitencial,²³ na qual as partes detêm direito potestativo de arrependimento, reservando-se a parte contrária o direito de retenção ou devolução em dobro.²⁴

²⁰ O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

²¹ As expressões serão usadas indistintamente, já que a doutrina não traça distinções e a própria legislação refere-se a “arras ou sinal” no artigo 420 do Código Civil.

²² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 413.

²³ ROCHA, José Dionízio da. *Das arras ou sinal*. p. 539-562. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 542-543.

²⁴ Estas diversidades de funções refletem-se nos ordenamentos jurídicos atuais, sendo certo que na Alemanha, Suíça, Itália as arras confirmatórias são disciplinadas como modalidade principal, ao passo que no direito francês e em Portugal as arras são predominantemente penitenciais, admitindo-se, portanto, o inadimplemento.

Nossas Ordenações Filipinas adotaram, como regra, as arras penitenciais,²⁵ mas o Código Civil de 2016 inovou alterando a regra para arras confirmatórias, mantendo-se as penitenciais apenas como exceção, posição esta que foi mantida pelo Código Civil de 2002, que, não obstante, trouxe algumas alterações terminológicas com objetivo de outorgar maior clareza à disciplina normativa do instituto.

O estudo deste brevíssimo percurso histórico, mais que mera retórica, é de fundamental importância para destacar que além de tornar obrigatório o contrato (no direito romano), ele também tinha como função atribuir autoexecutoriedade da sanção pelo inadimplemento, ao autorizar a retenção por parte de quem recebeu as arras e não foi responsável pelo seu não cumprimento.

A principal distinção entre as arras confirmatórias (artigos 417 a 419, CC) e as penitenciais (artigo 420, CC),²⁶ ambas previstas no atual Código Civil é que enquanto as primeiras servem para reforçar o vínculo, reafirmando sua coercibilidade, as arras penitenciais, ao disciplinar um direito potestativo de arrependimento, acabam por enfraquecer o vínculo, já que qualquer das partes pode desistir do contrato, desde que pago o preço, sem que se admita qualquer indenização suplementar.²⁷

Esta impossibilidade de indenização suplementar, também a afasta das arras confirmatórias, já que estas são tão-somente consideradas como indenização mínima (independe de prova), mas não impede que a “parte inocente” venha pleitear indenização suplementar, desde que provada (art. 419, CC).

A disciplina normativa de tais cláusulas é, a princípio, indene de dúvidas, uma vez que as normas que disciplinam a matéria são bem claras, senão vejamos através da análise do artigo 418 do Código Civil:

Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as

²⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 281.

²⁶ Vale mencionar o conceito que é aplicável a ambas as espécie de arras, muito utilizado pelos civilistas, embora peque por afirmar que seu escopo seja tornar obrigatório o ajuste: As arras, ou sinal, constituem a 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 contratantes, o direito de arrependimento” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 279).

²⁷ No Código Civil de 1916 não era expressa esta impossibilidade de exigir indenização suplementar, o que foi corrigido pelo próprio artigo 420, CC, que disciplina as arras penitenciais. Em razão daquela omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 412, que assim dispõe: “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”.

arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

Daí se infere a clareza do dispositivo que atribui àquele que recebeu as arras a faculdade de retê-las, na hipótese de inexecução, total ou parcial,²⁸ da outra parte.

Uma questão importante a ser asseverada é que não basta o pagamento de uma prestação inicial, como uma “entrada”, para se concluir que este pagamento foi feito a título de arras, na medida em que se afigura imprescindível a celebração de negócio jurídico arral, razão pela qual faz-se necessária a análise das circunstâncias específicas do contrato a ser analisado para se concluir se as partes instituíram, ou não, o negócio jurídico acessório conhecido como arras ou sinal.

Esta observação é importante, porque parece que foi o que permeou o acórdão do AgInt no AgRg no REsp 1.1978.60/SC, já que se ponderou que as instâncias ordinárias concluíram pela inexistência de arras, já que a cláusula invocada pelo Tribunal de origem tinha natureza de cláusula penal compensatória.

Por fim, faz-se necessário fazer um breve apanhado na doutrina sobre as funções das arras compensatórias, sendo certo que sobre as arras penitenciais não há maior controvérsia na doutrina, que é relativamente estável ao afirmar que elas exercem função de prefixação de perdas e danos, atribui autoexecutoriedade, fornecendo maior segurança aos contratantes e, por fim, atribui as partes o direito potestativo de desistir do negócio (direito de arrependimento). Como ela é exceção, deve estar pelo menos implicitamente reconhecida no instrumento contratual.

Já em relação as arras confirmatórias, há verdadeiro “dissídio” doutrinário em relação a estas questões, mas vamos nos deter naqueles considerados mais relevantes para fins de análise dos acórdãos que nos propomos realizar.

Há diversas funções em relação às quais não há tanta controvérsia doutrinária e, para uma melhor didática, iniciaremos apontando as funções que elas não desempenham: as arras não servem para tornar obrigatório o vínculo (isso acontece com o mero consenso

²⁸ Isto porque o artigo 419 do Código Civil disciplina não apenas a possibilidade de indenização suplementar, como a possibilidade de a “parte inocente” exigir o cumprimento do contrato, valendo as perdas e danos como mínimo da indenização.

entre as partes); não servem para tornar irrevogável o contrato (ele já é assim por natureza, só deixará de sê-lo diante da estipulação do direito de arrependimento, através das arras penitenciais); não serve como comprovação de realização do negócio jurídico²⁹ (há formas muito mais eficientes para prová-lo, como o próprio documento escrito, ou conversas por aplicativos de celulares ou e-mails); não é para predeterminar as perdas e danos que ela existe (muito embora estabeleça um mínimo de indenização).

Ainda, de forma didática, necessário mencionar as funções que a doutrina elenca como essenciais em relação às arras confirmatórias: atribui maior coercibilidade ao contrato, através de reforço da obrigação principal, exercendo função promocional do adimplemento; possui um elemento de segurança do vínculo, ao assegurar a autoexecutoriedade para pelo menos uma das partes (aquela que tem o direito de reter o que recebeu); e, por fim, embora não muito discutido na doutrina, não se pode dispensar a análise do seu valor simbólico, atuando como símbolo da seriedade das partes em cumprirem suas obrigações (emblema de seriedade).³⁰

A questão que atrai maior controvérsia, e que será fundamental para análise dos julgados supra mencionados, é a suposta função de início de pagamento.

Judith Martins-Costa, em sua obra, é expressa ao afirmar, sem qualquer margem de dúvidas, que as arras confirmatórias deveriam ser consideradas como adimplemento parcial, ou princípio de pagamento, função esta que com a perda da antiga função de atribuição de força vinculante às convenções, teria sido elevada a função principal.³¹

Bernardo Salgado entende que apesar de indicar possíveis efeitos, o “princípio do pagamento” não se traduzem em função essencial,³² entendimento este ao qual nos filiamos e em relação ao qual nos aprofundaremos no próximo tópico.

²⁹ Há certa divergência doutrinária em relação a esta suposta função, devendo ser mencionado, a título exemplificativo, que Sílvio Rodrigues entende que as arras constituem um elemento comprovador do contrato, fazendo prova de acordo final (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 280).

³⁰ SALGADO, Bernardo Gonçalves Patrúcio. *Arras confirmatórias e penitenciais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 77-79.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações, vol. V, Tomo II (Arts. 389 a 420). Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 498. É provável que tanto a Judith Martins-Costa como os demais doutrinadores que invocam o “princípio de pagamento” como função essencial das arras, o tenham feito por influência do Código Civil de 1916 que previa, no artigo 1.096, que “as arras em dinheiro consideram-se princípio de pagamento”. Não há, no Código Civil de 2002, dispositivo idêntico, mas apenas semelhante, na medida em que o artigo 417 determina que as arras poderão ser computadas na prestação devida, caso sejam do mesmo gênero da principal.

³² SALGADO, Bernardo. Redução equitativa das arras: para que serve o sinal de confirmação? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, p. 211-233, Belo Horizonte, jul./set. 2020, p. 220.

Esta breve incursão na doutrina acerca das arras, revela-se fundamental na análise dos julgados que será realizada a seguir, uma vez que, conforme restará demonstrado, os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça utilizam-se de premissas que, além de não necessariamente verdadeiras perante o ordenamento jurídico atual, ainda são inidôneas a conduzir ao resultado declarado.

5. Análise crítica dos julgados

Inicialmente, esclarecemos que, apesar de aparentemente não haver distinção ontológica entre os julgados, o acórdão do Ministro Luis Felipe Salomão tem como pano de fundo relação paritária, conforme foi reconhecido pelo Tribunal de origem, no trecho do acórdão que dispõe: “*embora não incidam as disposições do Código de Defesa de Consumidor (...)*”.³³

No entanto, como as consequências jurídicas são as mesmas, analisaremos ambos em conjunto, já que o ponto nevrálgico de ambos é exatamente a afirmação que, correndo o risco de ser redundante, ousamos reiterar neste tópico, já que será o fundamento do norte de toda crítica posterior:

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

Passemos, portanto, à análise de referida fundamentação. A primeira parte do trecho, que afirma que “as arras confirmatórias não se confundem com a prefixação de perdas e danos” é isenta de qualquer tipo de crítica, uma vez que, conforme destacado supra, as arras confirmatórias, de fato, não exercem a função da predeterminação das perdas e danos, muito embora possam ser invocadas como mínimo de indenização.

Isto significa que, diferente, por exemplo, da cláusula penal ou das arras penitenciais, ela não é instituída *para* prefixar as perdas e danos decorrente do inadimplemento ou do exercício do direito de arrependimento.³⁴

³³ P. 08 do acórdão.

³⁴ Na realidade, como no exercício do direito potestativo de arrependimento não há tecnicamente inadimplemento, não haveria razão sequer em falar em perdas e danos, mas tão-somente o pagamento de um preço pelo exercício do direito. No entanto, como encontra-se consagrado na doutrina e na própria legislação (art. 420, CC) entendemos por utilizá-la por questão didática.

Isto porque a existência das arras confirmatórias tem como funções precípua o reforço da execução do contrato (função coercitiva), com vistas a promover o adimplemento, além de outorgar maior segurança a uma das partes, através da reconhecida autoexecutoriedade através do exercício do direito de retenção.

Nenhum reparo, portanto, merece ser feito neste início do enunciado.

A seguir, afirma que “servem como garantia do negócio” e “possuem característica de início de pagamento”. Analisaremos cada uma detidamente.

A afirmação de que serve como garantia do negócio igualmente não merece qualquer reparo, uma vez que, conforme afirmado por Bernardo Salgado, a segurança outorgada pela autoexecutoriedade é um elemento de garantia geral dos negócios.³⁵ Decisão igualmente irretocável neste ponto, não obstante conduza à conclusão diametralmente oposta, conforme veremos após a análise da assertiva concernente à suposta característica de início de pagamento.

Quanto a esta, é importante destacar que embora sustentada por alguns doutrinadores, em relação aos quais merece relevo Judith Martins-Costa,³⁶ já que ela eleva tal circunstância à função primordial das arras.

Conforme já asseverado supra, mas que merece ser destacado, o Código Civil de 1916 possuía redação expressa no sentido de que as arras em dinheiro consideravam-se como início de pagamento.³⁷ Esta redação não foi copiada pelo Código Civil de 2002, no qual consta apenas que se for do mesmo gênero da principal poderá ser computada na prestação devida.³⁸

Mesmo diante da vigência do Código anterior, impõe-se destacar que a mera previsão de que as arras em dinheiro consideram-se como início de pagamento não seria, por si só, suficiente para lhe definir uma função, muito menos uma função principal. Trata-se, na realidade, de mero mecanismo jurídico inserido para tornar a execução das obrigações

³⁵ SALGADO, Bernardo. Redução equitativa das arras: para que serve o sinal de confirmação? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, p. 211-233, Belo Horizonte, jul./set. 2020, p. 223

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações, vol. V, Tomo II (Arts. 389 a 420). Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³⁷ “Art. 1.096. Salvo estipulação em contrário, as arras em dinheiro consideram-se princípio de pagamento. Fora esse caso, devem ser restituídas, quando o contrato for concluído, ou ficar desfeito” (CC/16).

³⁸ “Art. 417. Se, 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” (CC/16).

mais efetivas, na medida em que não faria sentido o devedor pagar a importância total para, só depois, o credor lhe devolver o valor dado como sinal.

Trata-se nada mais do que a aplicação, já prevista desde o Código Civil de 1916, do instituto da compensação, pelo qual se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas extinguem-se até onde se compensarem (art. 1009, CC/16).³⁹

Por outro lado, afigura-se difícil imaginar uma função principal de um instituto, cuja ocorrência é apenas eventual, na medida que depende não apenas que a prestação seja em dinheiro (segundo artigo 1.096 do Código Civil de 1916) ou do mesmo gênero da obrigação principal (segundo artigo 417 do Código Civil de 2002), como também exige, para seu reconhecimento, que não haja estipulação em contrário.⁴⁰

Além de todos estes argumentos invocados ainda com fundamento no Código Civil de 1916, os mesmos argumentos podem ser invocados como *ratio* para afastar a função de “princípio de pagamento” do Código Civil de 2002 e com muito maior razão.

Isto porque o artigo 417 deste Código, conforme já destacado supra, dispõe que as arras poderão ser computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal. Aqui se vislumbra, de forma ainda mais cristalina, que a *mens legis* foi apenas no sentido de outorgar maior efetividade à avença, consagrando expressamente em dispositivo legal a regra já positivada acerca da compensação entre dívidas igualmente líquidas.⁴¹

A norma outorga idêntica importância entre a restituição das arras ou seu cômputo na prestação devida, sendo certo, ainda, que a doutrina é pacífica ao admitir que as partes convençam em contrário do que foi estabelecido.

Daí se conclui que as arras, sejam confirmatórias, sejam penitenciais, elas não exercem a função de princípio de pagamento, sendo este tão somente um de seus efeitos possíveis, sem que, contudo, elas tenham sido criadas para isso.

³⁹ “Art. 1.009. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem” (CC/16).

⁴⁰ Embora expressamente prevista no Código de 1916 e omitida no atual código, a doutrina é pacífica ao admitir que as partes possam estipular fungibilidade de obrigação infungível (como ocorre, em regra, com entrega de automóvel como sinal) ou infungibilidade e de prestação fungível.

⁴¹ “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem” (CC/02).

Ao deixar de ser concebida como início de pagamento, faz cair por terra a conclusão de que disso se extrai, ou seja, a “*a razão pela qual não podem ser objeto de retenção na resolução contratual por inadimplemento do comprador*”.

Com efeito, se a argumentação leva em consideração esta função para concluir (equivocadamente) que ela afastaria o direito do credor de reter o bem dado a título de arras, a demonstração que o início de pagamento não é função das arras já seria suficiente para ensejar mudança de posicionamento daquela Corte.

No entanto, ainda que assim não se entenda, ou seja, mesmo considerando que as arras possam exercer, de fato, a função de início de pagamento isto não seria motivo suficiente para conduzir a conclusão de que elas não podem ser retidas. Isto porque a propalada alegação de que as arras seriam início de pagamento e que, portanto, não poderiam ser retidas, não tem qualquer fundamento lógico.

Analisando mais detidamente a fundamentação dos acórdãos, na tentativa de descobrir a razão da mencionada conclusão, embora não haja nenhuma justificativa expressa, o que talvez possamos compreender é que, ao ser qualificada, como “início de pagamento”, as arras perderiam sua natureza intrínseca, em razão de uma espécie de transmutação/conversão em instituto jurídico diverso.

Esta conclusão, contudo, seria *contra legem*, já que o dispositivo legal é claro ao afirmar que tal operação (compensação como início de pagamento) é apenas um de seus *efeitos*, inclusive não necessário, já que, na hipótese de objeto infungível ou acordo entre as partes, as arras deverão ser devolvidas após o cumprimento da obrigação.

Importante destacar, ainda, que este raciocínio não se encontra expresso nem no acórdão supra mencionado, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, nem em nenhum outro, razão pela qual a possibilidade de que tenham concluído pela alteração da natureza jurídica não passa de configurar uma certa especulação.

No entanto, após análise dos reiterados acórdãos que repetem o mesmo trecho supra descrito, somos conduzidos à impressão de que os julgadores, ainda que sem expressamente o admitir, estão aplicando o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90),⁴² que sanciona com nulidade absoluta as cláusulas que

⁴² “Art. 53. 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”.

estabeleçam perda total das prestações pagas em benefício do credor. Retomaremos esta questão em tópico à parte, diante da relevância do tema. O curioso, contudo, e que merece destaque, é que o acórdão referência de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão⁴³ aborda uma relação paritária, não consumerista, fato este que, por si só, já conduz à conclusão acerca da inaplicabilidade da referida norma de direito do consumidor.

Já os demais argumentos invocados como suposta fundamentação para o afastamento do direito de retenção também não se sustentam nesta função, uma vez que a caracterização, ou não, como cláusula de prefixação de perdas e danos nenhuma relevância exerce sobre o direito de retenção, sendo institutos autônomos que, inclusive, podem ser estabelecido na mesma cláusula, como na hipótese de cláusula penal (de natureza nitidamente indenizatória) que preveja a retenção de parte de parcelas pagas. Já a circunstância de se tratar de garantia do negócio, ao contrário da equívoca pretensão de se afastar o direito de retenção, na realidade ela justifica sua existência, uma vez que, conforme afirmado acima, é exatamente com a autoexecutoriedade da “garantia”, exercida através de sua retenção, é que se outorga maior segurança nos negócios jurídicos celebrados com arras.

6. Inaplicabilidade do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) às arras

O que contribui para a conclusão de que os acórdãos pesquisados consideram, ainda que de forma implícita, a norma do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, é o fato de que alguns deles insistem em afirmar, *in verbis*, que

O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não revogou o disposto no artigo 418 do Código Civil, ao contrário, apenas positivou na ordem jurídica o princípio consubstanciado na vedação do enriquecimento ilícito, portanto, não é de se admitir a retenção total do sinal dado ao promitente-vendedor (STJ, REsp 1.056.704, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 28.04.2009)

Dispõe o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor da seguinte forma:

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

⁴³ AgInt no AgRg no REsp 1.1978.60/SC.

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.

Conforme se infere da simples leitura do dispositivo legal, ele, ostensivamente, não faz referência às arras, mas sim às prestações do financiamento imobiliário, quando convencionado que tal pagamento operar-se-á em prestações mensais.

Importante mencionar, ainda, que referida norma menciona a nulidade absoluta das cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, sendo certo que as arras não estabelecem mencionada “perda total das prestações”, mas apenas a perda da própria “garantia” dada, sem qualquer menção às demais prestações do negócio jurídico, que possuem natureza diversa das arras.

Através de uma análise mais detida do dispositivo legal, é possível concluir que ele tem por objeto, na realidade, a cláusula penal, já que sanciona o que é conhecido pela doutrina como “cláusula de decaimento”, que possui natureza jurídica de cláusula penal compensatória e implica na perda de todas as prestações já pagas.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento estabelecendo tal natureza à cláusula de decaimento, ao afirmar que se trata, de fato, de cláusula penal compensatória:

Compromisso de compra e venda. Cláusula penal compensatória. Revisão judicial. A cláusula contratual que prevê a perda das importâncias pagas, no caso de inadimplemento dos promitentes-compradores, tem caráter de cláusula penal compensatória podendo o juiz, rescindindo o contrato, reduzi-la proporcionalmente. Art. 924 do Cod. Civil. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (g.n., Resp n. 16.239/GO, Relator Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 30/3/1992, dj de 18/5/1992, p. 6982).⁴⁴

Compromisso de compra e venda - cláusula penal - perda das importâncias pagas - inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a contrato que lhe é anterior. Inacumulatividade, em princípio, das perdas e danos com a perda das importâncias, posto que a cláusula que isso estabelece tem natureza compensatória. (g.n., REsp n. 36.455/SP, relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/9/1993, DJ de 25/10/1993, p. 22490).

⁴⁴ No mesmo sentido: REsp n. 16.239/GO, relator Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 30/3/1992; REsp 56897, j. em 14.02.1995, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

Daí se infere que não há maior controvérsia nem na doutrina, nem na jurisprudência, quanto à natureza jurídica de tal cláusula. E exatamente por esta razão é que causa estranheza a invocação, ainda que eventual, do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor como forma de justificativa seja para afastar a retenção seja para concluir pela necessidade de redução das arras originalmente acordadas.

Ao retomarmos o julgado transcrito no início do tópico, verifica-se que pretende-se, através dele, extrair o princípio da “vedação ao enriquecimento ilícito” e, a partir deste, vedar a retenção total do sinal dado pelo promitente-vendedor.

Ocorre que, conforme restou demonstrado, o dispositivo legal tem como objeto a cláusula penal e eventual interpretação extensiva para abranger as arras acabaria por esvaziar o instituto, já que enfraqueceria as duas principais funções por ele exercidas, quais sejam, a coercitiva, porque a redução proporcional de seu valor pode vir a provocar um estímulo ao inadimplemento, e a de segurança, na medida em que o valor ou objeto dado deixa de poder ser retido na sua integralidade.

Por outro lado, não se pode presumir aprioristicamente que a retenção do valor das arras deve ser considerada, *per se*, um enriquecimento ilícito, entendimento este que poderia ser extremamente prejudicial para o próprio consumidor, caso haja descumprimento da obrigação assumida pelo vendedor. Isto porque, se a retenção for considerada abstratamente um enriquecimento ilícito, sua devolução, mais o equivalente, necessariamente também deverá sê-lo, naquilo que toca à integralidade do equivalente, ensejando a necessária redução desta verba em desfavor do consumidor, como forma de garantir o equilíbrio econômico-social da programação contratual.

Importante destacar, contudo, que não é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que em diversas hipóteses que julgou casos envolvendo o inadimplemento do vendedor, não hesitou em determinar a devolução da importância somada ao equivalente:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Decisão da presidência. Reconsideração. Compra e venda. Atraso na entrega de imóvel. Arras. Devolução em dobro. Dano moral não configurado. Inexistência de circunstância excepcional. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

1. Decisão agravada reconsiderada, na medida em que o agravo em recurso especial impugnou devidamente os fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre, exarada na eg. Instância a quo.

2. O simples inadimplemento contratual, em razão do atraso na entrega do imóvel, não é capaz, por si só, de gerar dano moral indenizável, sendo necessária a comprovação de circunstâncias específicas que podem configurar a lesão extrapatrimonial, o que não ocorreu no caso dos autos.

3. 'Tanto na hipótese de direito de arrependimento quanto na de inexecução do contrato, à devolução das arras deverá ser somado o 'equivalente', se aquele que se arrependeu ou inadimpliu foi quem as recebeu' (REsp 1.927.986/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 25.6.2021).

4. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de afastar o pagamento de indenização por danos morais. (g.n., AgInt no AREsp n. 1.996.020/SC, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 30/6/2022).⁴⁵

Considerando esta dupla função das arras, que atendem tanto o interesse do credor quanto no devedor em uma relação jurídica complexa direcionada ao adimplemento, conclui-se a prevalência do entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao afastar a retenção ou determinar a redução das arras sem análise de circunstâncias fáticas de iniquidade que eventualmente a justifique, pode ser contraproducente inclusive para a parte mais vulnerável da relação.

⁴⁵ Há diversos outros julgados no mesmo sentido, valendo ser citados, a título exemplificativo, os seguintes: "Recurso especial. Civil. Arras. Art. 418 do CC/2002. Inexecução contratual imputável àquele que recebeu as arras. Devolução mais o equivalente. Configuração. 1- Recurso especial interposto em 25/01/2021 e concluso ao gabinete em 22/03/2021. 2- O propósito recursal consiste em dizer se as arras ofertadas devem ser "devolvidas em dobro" na hipótese de inexecução contratual imputável, única e exclusivamente, àquele que as recebeu. 3- Tanto na hipótese de direito de arrependimento quanto na de inexecução do contrato, à devolução das arras deverá ser somado o "equivalente", se aquele que se arrependeu ou inadimpliu foi quem as recebeu. 4- O Código Civil de 2002, em seu art. 418, não mais utiliza o termo "dobro" previsto no Código Civil de 1916 tendo em vista o fato de que pode ser dado a título de arras bens diferentes do dinheiro, sendo preferível a expressão "mais o equivalente" adotada pela novel legislação. 5- Do exame do disposto no art. 418 do Código Civil é forçoso concluir que, na hipótese de inexecução contratual imputável, única e exclusivamente, àquele que recebeu as arras, estas devem ser devolvidas mais o equivalente. 6- Recurso especial provido" (REsp n. 1.927.986/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 25/6/2021). "Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Decisão da presidência. Reconsideração. Ação de rescisão contratual. Compromisso de compra e venda de imóvel. Culpa dos promitentes-vendedores. Devolução das arras pagas em dobro. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial. 1. Agravo interno contra decisão da Presidência que não conheceu do agravo, em razão de intempestividade do recurso especial. Reconsideração. 2. Não configura ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 o fato de o Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados pelo recorrente, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia. 3. A ausência de impugnação, nas razões do recurso especial, de fundamento autônomo e suficiente à manutenção do acórdão estadual atrai, por analogia, o óbice da Súmula 283 do STF. 4. '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 irreatável, 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' (REsp 1.669.002/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/09/2017, DJe de 02/10/2017). 5. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial" (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.659.480/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 24/6/2022).

7. As arras na Lei do Distrato (Lei 13.786/18)

A Lei 13.786 de 27 de dezembro de 2018, que altera as Leis 4.591/64 (condomínios e incorporações imobiliárias) e a Lei 6.766/79 (parcelamento de solo urbano) para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente e unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano, foi editada em um contexto de crise econômica, cujo processo iniciou-se em 2015 e implicou em uma grande onda de insegurança econômica nas quais muitas incorporadoras e empresas de loteamento tiveram consideráveis perdas em razão do grande fluxo de distratos realizados.⁴⁶

A investigação pormenorizada de referida legislação, inclusive quanto à crítica do seu *nomen iuris*, fugiria completamente ao objetivo do presente estudo, razão pela qual nos limitaremos à análise de dois dispositivos legais alterados pela novel legislação, quais sejam, a introdução do artigo 67-A na Lei 4.591/64 (art. 2º da Lei do Distrato) e o artigo 32-A na Lei 6.766/79 (art. 3º da Lei do Distrato).

Diante do escopo específico da legislação, é importante destacar que tais dispositivos legais não têm aplicabilidade a todo e qualquer negócio jurídico que tenham imóveis como objeto, já que tratam especificamente daquelas situações que convencionou-se denominar “imóveis na planta”, tanto em relação àqueles que se referem aos terrenos em imóveis loteados (parcelamento do solo urbano), como aqueles consistentes em unidades habitacionais em condomínios (incorporações imobiliárias).

Dispõe o artigo 32-A da legislação de parcelamento do solo urbano:

Art. 32-A. Em caso de resolução contratual por fato imputado ao adquirente, respeitado o disposto no § 2º deste artigo, deverão ser restituídos os valores pagos por ele, atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, podendo ser descontados dos valores pagos os seguintes itens:

I - os valores correspondentes à eventual fruição do imóvel, até o equivalente a 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, cujo prazo será contado a partir da data da transmissão da posse do imóvel ao adquirente até sua restituição ao loteador;

⁴⁶ ESTIMA, Pedro de Alcântara Silva. As repercussões da Lei 13.786/2018 sobre a retenção e o prazo para devolução dos valores no âmbito dos loteamentos. In: *Lei dos Distratos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2019, p. 294.

II - o montante devido por cláusula penal e despesas administrativas, inclusive arras ou sinal, limitado a um desconto de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato;
(...)

Inicialmente, merece ser destacada uma breve nota sobre a atecnia do dispositivo, já que as arras ou sinal não são nem cláusula penal, nem despesas administrativas, razão pela qual não se justifica a utilização da expressão “inclusive”, como se o instituto fosse uma espécie daquelas. Nenhum prejuízo, contudo, advém desta inadequada técnica legislativa, razão pela qual a observação tecida tem como único objetivo destacar a natureza jurídica autônoma das arras.

Referido dispositivo legal não demanda maiores esforços interpretativos, na medida em que ele promoveu a unificação das arras, cláusula penal e despesas administrativas em um único limite, qual seja, a importância correspondente a 10% do *valor atualizado do contrato*.⁴⁷

Com esta norma, as discussões na doutrina acerca da possibilidade ou não de cumulação de cláusula penal com arras, a viabilidade de aplicação do artigo 413 do Código Civil às arras, para reduzi-la equitativamente, a existência ou não de limite para fixação das arras, perdem um pouco a importância, já que a própria legislação trouxe um limite fixo como teto para a soma de todas estas despesas, sendo necessária apenas uma simples operação matemática para se chegar a este valor.⁴⁸

Maior controvérsia suscita o artigo 67-A da legislação das incorporações imobiliárias, que assim dispõe:

Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente:

I - a integralidade da comissão de corretagem;

⁴⁷ Ressalte-se que não fala em relação à prestações pagas, conforme orientação do STJ.

⁴⁸ Embora fuja ao propósito do presente estudo, como a doutrina entende ser a principal função da cláusula penal é a prefixação das perdas e danos, afigura-se incongruente o próprio legislador estabelecer pagamento a título de fruição do imóvel, uma vez que referido dano já estaria abrangido pela cláusula penal. Por outro lado, a jurisprudência do STJ já havia se pacificado no sentido de que não é devido o pagamento de fruição a terrenos não edificados, o que parece ter sido ignorado pelo legislador.

II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga.

§ 2º Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente, em caso de resolução ou de distrato, sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, pelos seguintes valores:

I - quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel;

II - cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores;

III - valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, pro rata die;

IV - demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato.

Como se percebe da análise do dispositivo, diferente do anterior, este não fez qualquer referência às arras ou sinal, sendo certo que nada foi encontrado a este respeito, seja na legislação das incorporações, seja na própria legislação do distrato, no que tange às incorporações imobiliárias. Assim dispõe o artigo 67-A da Lei 6.766/79:

Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente:

I - a integralidade da comissão de corretagem;

II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga.⁴⁹

§ 2º Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente, em caso de resolução ou de distrato, sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, pelos seguintes valores:

I - quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel;

II - cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores;

III - valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, pro rata die;

⁴⁹ Este percentual já vinha sendo aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao limitar o direito de retenção a um percentual que girasse entre 10% e 25% das prestações pagas, conforme será abordado no próximo tópico.

IV - demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato.

Através da leitura deste dispositivo legal, poder-se-ia argumentar que como a Lei do Distrato, ao alterar o artigo 32-A da lei do parcelamento do solo urbano, referiu-se (embora atecnicamente), às arras como espécie de “despesas administrativas”, elas estariam incluídas no inciso IV do § 2º, do artigo 67-A, da Lei 4.591/64, cuja norma impõe ao adquirente o pagamento dos “*demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato*”.

Ocorre que tal interpretação, além de desfavorável ao comprador que, em geral, é consumidor e, portanto, parte presumidamente vulnerável, também é relevante destacar, conforme já sustentado supra, que as arras não são nem encargos, nem despesas, mas sim verdadeiro negócio jurídico acessório, de natureza real, que visa reforçar o vínculo obrigacional, outorgando-lhe maior coercibilidade.

Neste sentido, interpretar o inciso IV como arras configurar-se-ia verdadeira interpretação *contra legem*, o que, além de totalmente inadequado, conduziria a um ambiente de insegurança jurídica prejudicial ao Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, tampouco poder-se-ia considerar que as arras estariam implicitamente previstas no inciso II, do artigo 67-A da referida lei, já que mencionado dispositivo legal fala exclusivamente da cláusula penal, cuja natureza jurídica é completamente distinta do instituto das arras.

Desta forma, considerando que o elenco do artigo 67-A é taxativo, ao descrever minuciosamente as importâncias que podem ser retidas pelo vendedor na hipótese de resolução por inadimplemento absoluto do comprador, e considerando, ainda, que não fez qualquer referência às arras, a única conclusão possível de ser admitida é que não caberá sua retenção, já que a lei disciplinou de forma exaustiva tudo aquilo que o incorporador não é obrigado a restituir.

8. Afinal, é possível ou não a retenção das arras, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça?

Nem todos os acórdãos pesquisados no período informado (01.01.2022 a 31.03.2024), concluíram expressamente pela impossibilidade de retenção, sendo certo que seis deles

mencionaram a possibilidade de retenção, mas apenas promoveram a redução do percentual entre 10% e 25% dos valores pagos.⁵⁰

Ocorre que das 47 (quarenta e sete) decisões que abordaram o tema, 36 (trinta e seis) delas concluíram pela impossibilidade de retenção, seguindo o mesmo raciocínio dos acórdãos comentados supra, cuja fundamentação, exaustivamente citada, vem sendo repetida nos acórdãos atuais.⁵¹

O curioso é que apesar de todos concluírem no seguinte sentido: *“razão pela qual não podem ser objeto de retenção na resolução contratual por inadimplemento do comprador”*, ao analisarmos o acórdão na íntegra verifica-se, na grande maioria deles, que acabam concluindo pela possibilidade da retenção, desde que realizada uma redução “equitativa” para um percentual que gira em torno de 10% a 25% dos valores pagos.

Verifica-se, portanto, certa inadequação na afirmação acerca da impossibilidade de retenção, na medida em que, em todos os casos estudados, ela não é afastada, mas tem apenas o valor reduzido para os patamares pré-estabelecidos pela Corte.

⁵⁰ “Agravo interno no recurso especial. Compromisso de compra e venda. Lote de terreno urbano. Inadimplência dos compradores. Súmula n. 7 do STJ. Lote não edificado. Cobrança de taxa de fruição. Não cabimento. Retenção. Percentual de 25% dos valores pagos. Contrato firmado antes da lei n. 13.786/08. Viabilidade. Súmula n. 83 do STJ. Não provido. 1. ‘Incabível a cobrança de taxa de fruição nas hipóteses em que o objeto do contrato de promessa de compra e venda é um lote não edificado. Precedentes’ (AgInt no REsp n. 1.934.702/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 15/8/2022, DJe de 17/8/2022). Incidência da Súmula n. 83 do STJ. 2. A Segunda Seção do STJ, ao apreciar o REsp 1.723.519/SP (Relatora Ministra Isabel Gallotti), reafirmou o entendimento de que, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por conveniência do comprador, ausente qualquer peculiaridade na apreciação da razoabilidade da cláusula penal contida nos contratos firmados antes da Lei 13.786/2018, deve prevalecer o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelo adquirente, conforme anteriormente estabelecido no julgamento dos EAg 1.138.183/PE (Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 4.10.2012), por ser adequado e suficiente para indenizar o construtor incorporador das despesas gerais realizadas e do rompimento unilateral imotivado do contrato. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento” (AgInt no REsp n. 2.077.588/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024). Há diversos outros acórdãos no mesmo sentido: AgInt no AREsp n. 1.928.776/RJ, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 17/10/2022; AgInt no AREsp n. 1.894.635/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022; AgInt no AREsp n. 2.004.942/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 25/4/2022; AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp n. 1.822.832/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 3/3/2022; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.831.044/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 24/2/2022.

⁵¹ Apenas a título de exemplo: “Processual civil e consumidor. Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda. Direito de retenção. Arras. Supressão de omissão. Embargos acolhidos. Resultado do julgamento mantido. 1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, art. 1.022). 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que ‘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’ (AgInt no AgRg no REsp 1.197.860/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe de 12/12/2017). 3. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão, sem efeitos modificativos” (EDcl no AgInt no AREsp n. 1.860.381/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26/10/2022, DJe de 17/11/2022).

Ocorre que, estabelecer esta tarifação *prima facie*, sem levar em consideração a quantidade de prestações que já foram pagas pelo comprador acaba acarretando a mesma consequência jurídica apontada supra, ou seja, o enfraquecimento do vínculo contratual, com um possível estímulo para o inadimplemento da obrigação.

Isto porque caso o comprador tenha apenas efetuado o pagamento do sinal, sem ter arcado com quaisquer das parcelas, o próprio sinal poderia ser reduzido para até 10% (dez por cento) de seu valor, o que relativizaria seu efeito coercitivo, já que as partes estimaram o valor “cheio” como necessário para cumprimento desta função.

Por outro lado, ao não distinguir a cláusula penal das arras confirmatórias, estabelecendo um teto para ambos, acaba que todos acabam deixando de cumprir suas funções precípuas, fato este que pode impactar em contratações futuras, nas quais para promover um melhor equilíbrio na relação contratual.

Importante reiterar, aqui, que este limite não é imposto àquele que recebeu às arras, o qual, em todas as decisões pesquisadas, foi obrigado a devolver o valor recebido, mais o equivalente, em manifesta violação ao princípio da equivalência material do contrato.

9. Considerações finais

O presente estudo teve como objetivo a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com vistas a investigar o motivo pelo qual referida corte aparentemente conclui pela impossibilidade de retenção das arras confirmatórias.

Conforme foi visto, há invocação de três supostos fundamentos justificadores desta conclusão, quais sejam, o fato de as arras não servirem como prefixação das perdas e danos; o exercício da função de garantia; e a circunstância de caracterizarem início de pagamento.

Os dois primeiros motivos invocados, embora consentâneos com o ordenamento jurídico pátrio, pois as arras não exercem, de fato, a função primordial de prefixação indenizatória e configuram verdadeira garantia àquele que as recebeu, diante da autoexecutoriedade do instituto, não conduzem a qualquer conclusão de que elas não poderiam ser retidas. Ao contrário, a retenção afigura-se como mecanismo essencial para garantir a mencionada autoexecutoriedade, outorgando-se maior efetividade à garantia (*lato sensu*) que ela representa.

Restou, portanto, a análise acerca da circunstância de se tratar as arras como “princípio de pagamento”. Embora tenha sido demonstrado que não se trata de função, mas apenas de um dos seus (possíveis) efeitos, em razão da utilidade/racionalidade da realização de compensação entre bens fungíveis, mesmo para aqueles que entendam que as arras possam exercer a função de princípio de pagamento, tal posicionamento não deveria conduzir à conclusão acerca da impossibilidade da retenção.

Para tentar desvendar o motivo dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça terem chegado a esta conclusão, foram levantadas duas hipóteses: ou o Tribunal entende que a “característica” de início de pagamento seria uma verdadeira transmutação/conversão do instituto, perdendo sua natureza jurídica de arras; ou o Tribunal entende que as arras seriam uma espécie de prestação e, portanto, a retenção do seu valor integral estaria vetada das relações de consumo, através da aplicação do artigo 53 da legislação consumerista.

Contudo, restou demonstrada tanto a impossibilidade de conversão de sua natureza, por se tratar de efeito apenas eventual, sem desnaturar seu conteúdo, quanto a impossibilidade de se invocar o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, já que ele foi disciplinado para afastar a validade da cláusula de decaimento inserta em cláusulas penais compensatórias, que não guardam nenhuma relação com as arras, sejam confirmatórias, sejam penitenciais.

Foi observado, ainda, que o acórdão que representou verdadeiro giro no posicionamento jurisprudencial existente até então, que era dividido equilibradamente entre os que admitiam e os que não admitiam as arras, julgou um caso de relação jurídica paritária, na qual sequer era aplicável o Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual não poderia ter tido como fundamento o artigo 53 do referido estatuto.

Consagrando entendimento jurisprudencial dominante, a Lei do Distrato estabeleceu como limite máximo da cláusula penal 25% do valor pago, na hipótese de incorporações imobiliárias, sem qualquer referência à possibilidade de retenção das arras, razão pela qual estaria implicitamente afastando esta possibilidade, por se tratar de dispositivo legal de natureza taxativa, enquanto na legislação de parcelamento do solo urbano, instituiu-se como limite máximo o percentual de 10% do valor atualizado do contrato, tanto para as arras, quanto para cláusula penal e despesas administrativas.

Por fim, constatou-se que mesmo os acórdãos pesquisados que mencionavam textualmente a impossibilidade de retenção, concluem pela possibilidade de retenção parcial, em verdadeira incoerência com o raciocínio anterior.

Este estudo, sem pretender esgotar o tema, vem apenas suscitar a existência desta controvérsia para ampliar o debate doutrinário/jurisprudencial acerca da conveniência da manutenção de tal posicionamento, já que, conforme foi demonstrado, implicará inevitavelmente no esvaziamento de seu conteúdo, fazendo com que passe a ostentar, tanto no ordenamento jurídico, quanto nos próprios contratos, caráter meramente ornamental.

Referências

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações, vol. V, Tomo II (Arts. 389 a 420). Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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, 2022.

SALGADO, Bernardo Gonçalves Patrúcio. *Arras confirmatórias e penitenciais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022.

ROCHA, José Dionízio da. Das arras ou sinal. p. 539-562. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALGADO, Bernardo. Redução equitativa das arras: para que serve o sinal de confirmação? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, p. 211-233, Belo Horizonte, jul./set. 2020.

SALGADO, Bernardo Gonçalves Patrúcio. *Arras confirmatórias e penitenciais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

VITALE, Olivar (Coord). *Lei dos Distratos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2019.

Como citar:

CASTRO, Júlia Ribeiro de. (Im)possibilidade de retenção das arras confirmatórias segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 3, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
3.6.2024