

## A INAPLICABILIDADE DO ART. 413 NO CONTROLE DO VALOR DAS ARRAS: ENTRE O SILÊNCIO ELOQUENTE E A DESNECESSIDADE

Marcelo Matos Amaro da Silveira<sup>1</sup>

Resumo: O controle do valor das arras é um tema que não foi abordado no Código Civil brasileiro de 2002, em que pese a robusta alteração no regime da figura feita pelo diploma. Contudo, isso não significa que seja um assunto que não tenha relevância, sendo certo que tanto a doutrina quanto a jurisprudência de forma extensiva, e de certa forma uniforme, trata do tema. Majoritariamente é possível verificar o entendimento que defende a aplicação do artigo 413 de forma analógica no controle das arras. Porém, o objetivo do presente trabalho é apresentar uma contraposição à essa visão. Para tanto, inicialmente serão apresentadas breves palavras sobre analogia, lacuna e silêncio eloquente, de imediato passando-se para a análise da figura ora escrutinada. Posteriormente serão apontadas as considerações que a doutrina e a jurisprudência tem sobre o assunto, demonstrando-se a uniformidade apontada acima. Na sequência a tomada de posição será apresentada, tomando-se por base duas premissas básicas, a existência de um silêncio eloquente, e a desnecessidade dessa analogia forçada, sendo também exposta uma proposta de como proceder no controle do valor das arras. Ao final palavras

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont.

conclusivas para arrematar o raciocínio ora construído serrão colocadas.

**Palavras-Chave:** Obrigações; Penalidades Contratuais; Analogia; Abuso de Direito.

**Sumário:** 1. Introdução: brevíssimas notas sobre analogia, lacuna e silêncio eloquente; 2. Considerações sobre as arras; 2.1. Considerações gerais; 2.2. Arras confirmatórias; 2.3. Arras penitenciais; 3. O controle das arras na visão da doutrina e jurisprudência; 3.1. A posição majoritária da doutrina; 3.2 Análise da jurisprudência; 4. Tomada de posição – da inaplicabilidade do art. 413 do Código Civil no controle das arras; 4.1. A existência de um silêncio eloquente do legislador de 2002; 4.2. Da desnecessidade – proposta de como proceder no controle das arras; 4.2.1. Das divergências funcionais e estruturais; 4.2.2. Controle das arras penitenciais; 4.3.2. Controle das arras confirmatórias; 5. Conclusão; Referências

## 1. INTRODUÇÃO: BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE ANALOGIA, LACUNA E SILÊNCIO ELOQUENTE



ordenamento jurídico, conjunto de normas que procuram regulamentar a vida em sociedade, será sempre lacunoso e incompleto. Tal incompletude é algo absolutamente natural, não sendo possível cogitar que ele seja capaz de disciplinar toda e qualquer questão que envolva a vida em sociedade. Esta percepção, contudo, é bastante contemporânea, já que, no início do século passado, acreditava-se numa completude do ordenamento jurídico que fazia com que as lacunas fossem negadas pelos grandes juristas da época, como Kant e Savigny<sup>2</sup>. Mas, por fim,

---

<sup>2</sup> VILELA, João Batista. O Problema das Lacunas do Ordenamento Jurídico e os Métodos para Resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, p. 221-230, v.

evolui-se para a compreensão de que a incompletude do sistema faz com que existam certas lacunas regulatórias, já que esses dois termos estão intimamente ligados<sup>3</sup>.

A incompletude do ordenamento jurídico, lado outro, não pode ser considerado como um defeito, ou seja, as eventuais omissões ou lacunas legais não podem ser consideradas simplesmente como falhas regulatórias, na medida em que o julgador, quando estiver perante o caso concreto, não pode se esquivar de decidir por falta de lei<sup>4</sup>. Verificada a lacuna, portanto, o julgador, no processo decisório, deverá, como afirma MARIA HELENA DINIZ, realizar um exercício de integração do ordenamento jurídico, utilizando primordialmente o mecanismo da analogia<sup>5</sup>. Isto, inclusive é o que estabelece o art. 4º da Lei de Introdução às Normas Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), segundo o qual, quando for verificada uma omissão na lei, podera ser realizado uma julgamento através da analogia.

No direito, a analogia é utilizada para se buscar um argumento prático para a solução jurídica<sup>6</sup>, ou seja, a busca, através da *ratio legis*, de um certo fato ou uma norma que possa também resolver o caso semelhante<sup>7</sup>. Existem outros métodos também previstos, como a aplicação de princípios e/ou de costumes, mas a analogia é, sem dúvidas, o mais tradicional e de maior utilização na solução das lacunas legais.

Contudo, como bem aponta LARENZ<sup>8</sup>, nem toda falta de regulação pelo legislador deve ser encarada como uma

---

1961, Belo Horizonte, 1961, p. 221-223

<sup>3</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 526.

<sup>4</sup> VILELA, João Batista. *O Problema das Lacunas do Ordenamento Jurídico e os Métodos para Resolvê-lo*, p. 225.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 138.

<sup>6</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Analogia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 91, p. 45-76, Belo Horizonte, 2005, p. 57.

<sup>7</sup> VILELA, João Batista. *O Problema das Lacunas do Ordenamento Jurídico e os Métodos para Resolvê-lo*, p. 225.

<sup>8</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 525.

omissão ou lacuna. O autor alemão evidencia que existem situações em que o legislador efetivamente não quis regular algo, o chamado silêncio eloquente. Isso significa dizer que muitas vezes o legislador deliberadamente deixará de regular certa questão, por entender que ela não merece tratamento legal, não se constituindo em lacuna, mas sim uma questão efetivamente sem regulação. São situações em que o legislador nada disse em relação a certo tema, não por omissão, mas porque nada queria dizer.

Nestes casos, não cabe o uso da analogia, pois não há que se fazer nenhuma integração. Não se está diante de um vazio no ordenamento jurídico que precisa ser preenchido<sup>9</sup>, mas sim diante de um omissão proposital do legislador, devendo o juiz interpretar este silêncio como um comando, derivado da vontade do legislador.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar a dinâmica e o regime do controle das arras no direito brasileiro, procurando verificar se há uma omissão que justifique a aplicação analógica de certa norma, ou se, por outro lado, há um verdadeiro silêncio eloquente do legislador, que afaste tal mecanismo. Para tanto, inicialmente serão apresentadas considerações sobre a figura das arras, seja do ponto de vista geral, seja especificamente sobre cada uma de suas espécies. Posteriormente procurar-se-á evidenciar o tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência, as quais majoritariamente se inclinam para a aplicação analógica do art. 413 do Código Civil. Na sequência será apresentada uma tomada de posição, defendendo a inaplicabilidade da analogia acima destacada por se vislumbrar-se, no caso em análise, a existência de um verdadeiro silêncio eloquente do legislador, com a explicitação de argumentos sobre a desnecessidade dessa aplicação forçada, e a apresentação de sugestões sobre como proceder no exercício de controle de cada espécie de arras. Ao final, breves palavras conclusivas

---

<sup>9</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *Analogia*, p. 61.

serão colocadas.

## 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ARRAS

### 2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

As arras, conhecidas popularmente e na praxe contratual como sinal, pode, de modo genérico, ser definida como um valor ou objeto dado por uma das partes de um contrato ou obrigação à outra, de forma antecipada, como forma de definir as consequências do incumprimento do contrato ou para criar um direito de arrependimento<sup>10</sup>. A parte que entrega as arras é conhecida como *tradens*, enquanto a parte que o recebe é designada de *accipiens*.

A partir da definição das arras se extraem duas características fundamentais: a primeira é a necessidade de tradição do bem dado como arras, que faz com que a figura possua certa característica de direito real; a segunda é a constituição de direitos ou obrigações que dependem da vontade das partes, ou seja, o seu aspecto convencional. Contudo, as arras possuem dinâmica diversa dos negócios jurídicos comuns, já que também deve ser considerada a sua característica de direito real. Por ter essa constituição que engloba a entrega de certo valor ou coisa, com uma declaração negocial emitida pelas partes, é possível dizer que as arras ou o sinal é um ato jurídico real *quoad constitutionem*<sup>11</sup>, ou seja, um negócio jurídico que necessita da prática de certo ato material para sua constituição.

Deste modo, a constituição das arras exige simultaneamente dois elementos: é necessária a declaração de vontade das partes, já que a figura é um negócio jurídico, mas ao também é preciso que haja o ato material de entrega do bem a título de

---

<sup>10</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. III, p. 57.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 10-13.

arras<sup>12</sup>, devido ao seu caráter real. É perfeitamente plausível que as partes acordem uma promessa com entrega futura de um bem, mas somente com a efetiva entrega do bem é que esta constituição poderá produzir efeitos<sup>13</sup>. A tradição do bem, portanto, é uma condição de existência das arras. Além da declaração de vontade das partes, aspecto comum a qualquer negócio jurídico, há que se realizar uma forma típica para sua constituição, que é a prática de um ato material, qual seja, a entrega do objeto<sup>14</sup>.

Sendo a entrega do bem condição fundamental para a eficaz constituição das arras, também há que se atentar para o próprio bem que é entregue. Normalmente constitui-se na entrega de uma soma pecuniária, mas não se descarta a possibilidade de que outra espécie de bem seja entregue, podendo ser constituído por uma coisa que não é idêntico ao objeto da prestação<sup>15</sup>. No Direito brasileiro, conforme estabelece o art. 417 do código civil, somente é possível que as arras sejam constituídas mediante entrega de dinheiro ou outro bem móvel. Trata-se de uma limitação interessante, e de certa maneira lógica, que principalmente facilita a verificação do funcionamento e dos efeitos normais das arras..

Interessante também destacar que o ato jurídico de constituição das arras não tem caráter autônomo ou principal, sendo na verdade ato acessório a um negócio ou a uma obrigação principal<sup>16</sup>. Essa acessoriedade é uma de suas principais características, pois seus efeitos e seu funcionamento estão intimamente

---

<sup>12</sup> COIMBRA, Ana Maria Correia Rodrigues. O sinal: contributo para o estudo do seu conceito e regime. In: *O Direito*, Lisboa, ano 122, v. III-IV, p. 621-671, 1990, p. 622.

<sup>13</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arras. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 762.

<sup>14</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia*, p. 21-22 e 126.

<sup>15</sup> COIMBRA, Ana Maria Correia Rodrigues. O sinal: contributo para o estudo do seu conceito e regime, p. 653.

<sup>16</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil, p. 294-295.

ligados aos do negócio ou obrigação que estiver assegurando<sup>17</sup>. Por estar constantemente relacionado à prática contratual, as arras acabam sendo uma verdadeira cláusula contratual acessória<sup>18</sup>. Isso não significa que ela sempre tenha que ser constituída no momento da constituição do negócio jurídico ou celebração do contrato. Não parece haver nenhum óbice para a constituição de um sinal em momento posterior à celebração do principal<sup>19</sup>, sendo possível que as partes, decidam constitui-la em momento posterior. Há, porém, um limite temporal para tal constituição, que deve sempre se dar antes do vencimento ou do inadimplemento da prestação assegurada<sup>20</sup>.

Quanto à sua função, as arras podem servir tanto para definir efeitos antecipados, uma sanção, contra o incumprimento da obrigação assegurada, quanto para estabelecer um direito de arrependimento, definindo o valor que deve ser pago pela parte que quiser exercê-lo. Obviamente, tratam-se de duas funções bastante antagônicas e que não podem ser exercidas ao mesmo tempo. O que define a existência de duas espécies diversas de arras: uma cuja função é definir as consequências do incumprimento da obrigação assegurada, as arras confirmatórias; e outra que estabelece um direito de arrependimento, ou arras penitenciais.

## 2.2. ARRAS CONFIRMATÓRIAS

A principal característica das arras confirmatórias é o reforço do vínculo obrigacional. Essa espécie não serve para definir um direito de arrependimento. Pelo contrário estabelece uma sanção pelo incumprimento do contrato, definindo de forma

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 20-21.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 18.

<sup>19</sup> COIMBRA, Ana Maria Correia Rodrigues. *O sinal: contributo para o estudo do seu conceito e regime*, p. 649; inclusive destaca que a lei portuguesa expressamente autoriza a constituição do sinal em momento posterior ao da celebração do contrato.

<sup>20</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, p. 392.

antecipada as consequências do incumprimento do contrato ou da obrigação. Como bem evidencia MENZES CORDEIRO<sup>21</sup>, uma das grandes virtudes dessa espécie de arras é fixar um sistema rápido e eficiente de justiça contratual.

Cumpridamente destacar que nome sinal ou arras confirmatório parece se manter somente por razões históricas e de tradição, já que a efetiva função confirmatória ou probatória vem cada vez mais perdendo importância, o que, de certa forma, parece ser benéfico para a figura. Se a função confirmatória não é a principal, por outro lado a função de reforço da obrigação é sem dúvida a que deve ser destacada.

Também é fundamental apontar que historicamente as arras confirmatórias tem sido vistas de forma unitária e bifuncional, sendo identificada uma coexistência da função indenizatória com a função coercitiva na mesma figura. Essa visão bifuncional acaba por sempre destacar a função de liquidação antecipada dos danos, mencionando ainda uma função coercitiva, a de pressão ao cumprimento, que pode ser secundariamente alcançada.

Esta visão monista e bifuncional deve ser afastada, não cabe no presente trabalho adentrar nessa polêmica, estando bem analisada no trabalho do professor PINTO OLIVEIRA<sup>22</sup>, que defende a existência de duas subespécies de arras confirmatórias, tese que foi subscrita por esse autor em sua dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e que recentemente foi publicada como obra<sup>23</sup>.

Independentemente dessa polêmica, contudo, é possível verificar essa macrofunção de reforço da obrigação exercida pelas arras confirmatórias, seja ela com função indenizatória, seja

---

<sup>21</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, v. VII, p. 385.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Conceito e regime(s) do sinal no direito civil português*.

<sup>23</sup> SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. *Cláusula Penal e Sinal: as penas privadas convencionais na perspectiva do direito português e brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.



ela com função coercitiva. Neste sentido, verificam-se consequências diversas da espécie penitencial que ser analisada a seguir. Na dinâmica de funcionamento da espécie confirmatória não se está mais perante a uma desvinculação lícita do contrato, mas sim de um inadimplemento, que é um verdadeiro ato ilícito<sup>24</sup>, com estabelecimento de uma sanção, que poderá ter caráter indenizatório ou punitivo. O *tradens* entrega para o *accipiens* o valor ou objeto a título de sinal ou arras, ciente que este será retido como sanção, caso ele não cumpra o contrato ou obrigação. Da mesma forma, o *accipiens* ao receber o valor ou objeto a título de sinal, sabe que, em caso de incumprimento do contrato ou obrigação por sua culpa, deverá devolvê-lo “em dobro”, sendo esta sua sanção mínima pelo incumprimento do contrato, já que a regra consagrada na legislação brasileira estabelece que o valor dado a título de arras é um “mínimo indenizatório”.

As arras confirmatórias são aquelas presumidamente inseridas nas relações obrigacionais no direito brasileiro, conforme é possível depreender da leitura do at. 418 do Código Civil. Desta forma, caso *tradens* entregue um valor ou bem ao *accipiens* a título de sinal, e nada mais seja estabelecido, sempre se deverá presumir que foram constituídas arras confirmatórias<sup>25</sup>. A constituição de arras, no Direito brasileiro, portanto, será presumidamente voltada para a sanção do incumprimento das obrigações, através da predeterminação de uma sanção voltada para tutelar o adimplemento das obrigações. É um regime, como bem aponta CAIO MÁRIO<sup>26</sup>, que valoriza as relações obrigacionais, à medida que presume um reforço do vínculo obrigacional e do *pacta sunt servanda*.

O funcionamento das arras confirmatórias somente se dá caso seja verificado o inadimplemento da obrigação por uma das

---

<sup>24</sup> Sobre o incumprimento como ato ilícito, ver: SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, p. 95 e 152.

<sup>25</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil, p. 296.

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, p. 59.

partes<sup>27</sup>. A partir do incumprimento da obrigação assegurada ela passa a produzir efeitos, direcionando à parte inadimplente uma sanção pelo incumprimento, ressalvada a possibilidade de eventual pedido de complementação indenizatória, conforme estabelece o art. 419 do *códex*. Caso o incumprimento se deva a fato imputável ao *tradens*, o *accipiens* poderá reter o valor ou objeto dado como sinal como sanção. Por outro lado, caso o incumprimento seja imputado ao *accipiens*, o bem dado a título de sinal deverá ser devolvido em dobro para o *tradens* sendo que, neste caso, a legislação brasileira prevê a necessidade de devolução do valor atualizado monetariamente, com cumulação de juros de mora e honorários advocatícios caso sejam devidos.

Por fim, sublinha-se que, verificado o incumprimento da obrigação e, conseqüentemente, o funcionamento das arras confirmatórias, ocorrerá a extinção a obrigação por inadimplemento ou resolução, conforme expressa previsão no artigo 418 do Código Civil brasileiro. A partir do exercício da figura pelo contratante não faltoso se subsumi a vontade de também resolver o contrato, ou extinguir a obrigação, sendo este o efeito final do funcionamento das arras confirmatórias.

### 2.3. ARRAS PENITENCIAIS

Com função diametralmente opostas, as arras penitenciais têm como principal característica o enfraquecimento do vínculo obrigacional<sup>28</sup>, já que sua principal função é criar um direito de arrependimento para as partes em um contrato ou obrigação. A intenção das partes na constituição dessa espécie é, portanto, a criação de um direito de retratação, ou seja, a possibilidade de livre desvinculação da relação obrigacional, que será bilateral por causa da sua estrutura, como será detalhadamente evidenciado mais à frente. O *tradens*, ao entregar o valor ou objeto a

---

<sup>27</sup> SILVA, João Calvão da. *Sinal e Contrato Promessa*, p. 87.

<sup>28</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das Arras*, p. 54.

título de arras ou sinal ao *accipiens*, o faz como forma de definir o preço de seu arrependimento<sup>29</sup>, aceitando que o bem ou valor seja retido pelo segundo, caso o primeiro opte por se desvincular do contrato ou obrigação. Da mesma forma, fica definido que o *accipiens* poderá se arrepender caso devolva bem ou valor “em dobro”.

A noção de que o valor ou objeto dado como arras penitenciais é um verdadeiro preço do arrependimento das partes é fundamental para melhor entender as características dessa espécie. Isso porque, diferentemente da percepção de alguns autores<sup>30</sup>, a sua função penitencial não é compensatória ou indenizatória. Cria-se, na verdade, o direito de arrependimento para as partes.

O arrependimento, nesse caso, é uma manifestação de vontade lícita, motivo pelo qual, como bem aponta PONTES DE MIRANDA<sup>31</sup>, não há que se falar em descumprimento e consequentemente reparação do dano contratual. Fica estabelecido qual será o preço que cada parte deverá “pagar” caso queira “desdizer”<sup>32</sup> o contrato, sendo certo que, caso seja exercido esse direito, o contratante estará exercendo um direito de forma lícita. Essa percepção de licitude do exercício do direito de arrependimento é fundamental. Com a constituição dessa espécie “arral” há também a constituição de um direito potestativo de desvinculação do contrato<sup>33</sup> e aquele que desejar se desvincular o fará de

---

<sup>29</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 171.

<sup>30</sup> Como, por exemplo: RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das Arras*, p. 55; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral, interpretação sistemática e teleológica*, p. 213; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil*, p. 298; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, p. 381.

<sup>31</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. XXIV, p. 172.

<sup>32</sup> Utilizando uma tradução da interessante noção francesa, que aponta o sinal penitencial como um *prix de dédit*: MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 172.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 93-94.

forma lícita.

As arras penitenciais, conforme o bom ensinamento de CALVÃO DA SILVA<sup>34</sup>, possuem inegavelmente feição anormal, com características diversas daquelas tradicionais do regime geral do direito obrigacional. Sua função específica é criar um direito de arrependimento, oferecendo a possibilidade de desvinculação lícita pela parte que desejar exercer esse direito.

Abre-se para as partes duas opções: cumprir o contrato ou se arrepender de forma livre e lícita<sup>35</sup>. Em última análise, a constituição de arras penitenciais é efetivamente a constituição de uma obrigação com faculdade alternativa para o “devedor”. Ao criar essa opção de cumprir ou desistir, as arras penitenciais acabam criando uma faculdade para a parte que quiser se arrepender, que poderá ou prestar a obrigação principal, cumprindo o contrato, ou prestar a obrigação alternativa, extinguindo o contrato através da “dação em pagamento” do valor ou objeto constituído como arras ou sinal<sup>36</sup>.

O direito de arrependimento cria a alternativa de desvinculação lícita do contrato para aquele que vai desistir, abrindo a possibilidade de que, em vez da prestação principal, ele ofereça o sinal, que será um substituto dessa prestação<sup>37</sup>. A prestação continua sendo apenas uma, a principal, mas ao oferecer como alternativa o valor ou bem dado, em singelo ou em dobro, a parte se desvincula da obrigação. A parte que desiste extingue, assim, a prestação principal, ao optar pelo arrependimento, sendo essa extinção operada pelo cumprimento alternativo realizado pela dação em cumprimento<sup>38</sup>.

Não cabe nesse caso recusa por parte daquele que não desistiu do contrato, já que se trata de um direito potestativo do arrependido. Portanto, o efeito final do funcionamento das arras

---

<sup>34</sup> SILVA, João Calvão da. *Sinal e Contrato Promessa*, p. 83.

<sup>35</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Arras*, p. 774.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 59-61.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 58-71.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das Arras*, p. 57.

penitencial não deve ser encarado como uma resolução ou revogação do contrato, e também não pode significar o simples cumprimento da obrigação. Há, assim, a extinção do dever de prestar o objeto principal, com cumprimento alternativo mediante a dação em cumprimento do bem ou valor ou objeto dado como arras ou sinal, seja pela retenção, seja pela devolução em dobro.

### 3. O CONTROLE DAS ARRAS NA VISÃO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1. A POSIÇÃO MAJORITÁRIA DA DOCTRINA

Tecidas considerações gerais sobre a figura, é preciso agora adentrar na controvérsia envolvendo o controle do seu valor. Quando se fala sobre o controle do valor das arras no direito brasileiro, inicialmente há que se destacar que grande parte da doutrina brasileira vem defendendo a aplicação analógica do artigo 413 do Código Civil brasileiro, que estabelece a redução equitativa pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. É possível inclusive afirmar que o assunto foi de certa forma “uniformizado” do ponto de vista doutrinário, com a edição do Enunciado 165<sup>39</sup>, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Segundo esse entendimento, que serve como orientação doutrinária de aplicação e interpretação do direito, o controle das arras, sejam penitenciais, sejam confirmatórias, deve ser realizado segundo as regras do diploma civil brasileiro.

O mencionado enunciado é destacado por JOSÉ FERNANDO SIMÃO<sup>40</sup>, que, ao comentar os artigos 418 e 420 do

---

<sup>39</sup> “Enunciado 165: Art. 413: Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.” (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, II, IV e V – Enunciados aprovados*)

<sup>40</sup> SIMÃO, José Fernando. Comentários ao Livro I – Das Obrigações. In:

Código Civil defende a aplicação do art. 413 no procedimento de controle do valor das duas espécies de arras, mencionando também a jurisprudência do STJ que segue este caminho. Dentro desse entendimento, SCAVONE JUNIOR<sup>41</sup> destaca que o artigo em questão fala em controle da penalidade, e não em cláusula penal, devendo ser aplicado analogicamente às arras, também em consonância com o enunciado acima mencionado. Neste mesmo sentido, CARLOS NELSON KONDER<sup>42</sup> reforça que a tendência doutrinária tem sido de reconhecer a aplicação analógica do art. 413 ao controle das arras.

Também vai nessa direção ANDERSON SCHRIBER<sup>43</sup>, que identifica como razão para a aplicação analógica a existência de uma comunhão de *ratio* da norma existente no art. 413 e a forma com que as arras devem ser controlada. Além disso podem ser citados outros autores, como ROSENVALD<sup>44</sup> e JORGE CESA FERREIRA DA SILVA<sup>45</sup>, que reconhecem essa possibilidade, apesar de não adentrar tanto no assunto.

FLÁVIO TARTUCE<sup>46</sup> vai além, e ressalta que a existência da cláusula geral da função social dos contratos, prevista no artigo 421 do Código Civil justifica o controle das arras, que deve ser feito nos mesmos moldes da cláusula penal, sendo perfeitamente possível a aplicação analógica do art. 413 nesse

---

SCHRIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 240-242.

<sup>41</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral, interpretação sistemática e teleológica*, p. 302-303.

<sup>42</sup> KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, vol. 4, p. 83-104, mar-abr. 2014, p. 90.

<sup>43</sup> SCHRIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 398

<sup>44</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais*, p. 177.

<sup>45</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil*, p. 309.

<sup>46</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, p. 285.

processo de controle. O autor aponta que tal reconhecimento é infestável e inova, defendendo que deve se limitar as arras a um patamar de 10% do valor da obrigação, aplicando-se, por analogia, o limite que a lei de usura define para a cláusula penal moratória. Trata-se de uma posição bastante interessante, pois a defesa da aplicação do sistema de controle e limite da cláusula penal de forma analógica às arras guarda coerência com a interpretação da figura.

Numa comparação com o Direito Português, verifica-se que o art. 812<sup>o47</sup> do Código Civil Português é uma norma parecida com o artigo do *codex* brasileiro, também havendo, pela doutrina majoritária daquele país, uma defesa da aplicação analógica da norma no controle do sinal ou arras. O principal defensor da utilização das regras de controle da cláusula penal para o sinal no Direito português é o professor PINTO MONTEIRO. Este autor argumenta que há uma inegável analogia entre a cláusula penal e o sinal, principalmente quanto ao aspecto funcional, o que é suficiente para que a norma do artigo 812<sup>o</sup> do CCP seja aplicável ao sinal<sup>48</sup>. Também argumenta a favor dessa aplicação analógica PINTO OLIVEIRA<sup>49</sup>, afirmando que é um entendimento que se adequa ao princípio da proibição do abuso na definição dos direitos do credor, posicionamento que também é seguido por HUGO ANDRÉ RAMOS ALVES<sup>50</sup>.

É interessante apontar o entendimento do professor PINTO MONTEIRO, pois ele constrói um raciocínio bastante sofisticado sobre o tema. O autor identifica o artigo 812<sup>o</sup> como a expressão de um princípio amplo, destinado a coibir abusos,

---

<sup>47</sup> Código Civil Português: “ARTIGO 812<sup>o</sup> (Redução equitativa da cláusula penal)

1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário.

2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.”

<sup>48</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 195-196.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 255.

<sup>50</sup> ALVES, Hugo André Ramos. *Dação em Cumprimento*, p. 494, nota 460.

não concordando que a norma tenha caráter excepcional, o que impediria sua aplicação analógica<sup>51</sup>. Além disso, o autor não enuncia que haja uma lacuna deliberada do legislador que impeça essa aplicação analógica, não entendendo que o silêncio do legislador tenha sido deliberado a ponto de efetivamente desejar que não existisse a possibilidade de controlar o valor do sinal<sup>52</sup>. Para o autor, aliás, essa aplicação deve se dar tanto para o controle do sinal confirmatório, quanto para o sinal penitencial<sup>53</sup>.

Assim, fica demonstrada não só a posição quase unânime da doutrina brasileira sobre o assunto, que é reforçada com o enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil. Esse entendimento, inclusive, encontra vozes em outros cantos do mundo, como em Portugal, sendo aparentemente sólido e correto. Resta agora, avaliar qual o movimento jurisprudencial que está sendo seguido na realidade brasileira.

### 3.2. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

O entendimento doutrinário evidenciado acima também é seguido pela jurisprudência brasileira. No STJ verifica-se, em julgados recentes de ambas as Turmas de direito privado, o reconhecimento dessa aplicação analógica<sup>54</sup>, inclusive com menção expressa ao Enunciado 165, acima apontado, o que dá a dimensão de sua força e do seu acatamento pelos magistrados. Em ambos os casos a relatoria do acórdão se baseia na construção doutrinária que formou o enunciado para concretizar a aplicação analógica do art. 413 do código civil no controle das arras, como

---

<sup>51</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 209-211.

<sup>52</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 213-215.

<sup>53</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 218-220.

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *AgInt no AREsp 246731/SP*. Rel. Min. Raul Araújo. Publicado em *DJe* 23/04/2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *AgInt no REsp 1167766/ES*. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. Publicado em *DJe* 01/02/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp 1513259/MS*. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Publicado em *DJe* 22/02/2016.



bem destaca SIMÃO<sup>55</sup> ao comentar um dos acórdãos ora citados. É possível, inclusive, afirmar que se trata de uma jurisprudência firmada do tribunal, à medida que em um dos votos pode se verificar:

Não merece reforma o acórdão recorrido, pois observou a jurisprudência desta Corte, a saber: "nos termos do Enunciado nº 165, da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, a previsão de redução equitativa, contida no artigo 413, do Código Civil, também se aplica ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais" (itálico acrescido)<sup>56</sup>.

Esse movimento jurisprudencial é acompanhado pelos principais tribunais brasileiros. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, julgados recentes reconhecem a possibilidade de redução do valor das arras através da utilização analógica ou extensiva do art. 413<sup>57</sup>. No mesmo sentido, é possível encontrar alguns julgados dos tribunais de justiça de Minas Gerais<sup>58</sup>, do Rio de Janeiro<sup>59</sup> e do Rio Grande do Sul<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> SIMÃO, José Fernando. *Comentários ao Livro I – Das Obrigações*, p. 241-A

<sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *AgInt nos EDcl no AREsp 1383437/PR*. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Publicado em *DJe* em 15/04/2019.

<sup>57</sup> BRASIL. TJSP. 1ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cível 1001311-78.2018.8.26.0066. Rel. Des. Cláudio Godoy. Publicado em 24/01/2019; BRASIL. TJSP. 7ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cível 1005703-56.2018.8.26.0100. Rel. Des. Rômolo Russo. Publicado em 23/01/2019; BRASIL. TJSP. 3ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cível 1008027-72.2017.8.26.0320. Rel. Des. Carlos Alberto Salles. Publicado em 30/10/2018; TJSP. 6ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cível 1026605-91.2017.8.26.0576. Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville. Publicado em 10/09/2018; e TJSP. 5ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cível 1009724-07.2017.8.26.0037. Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho. Publicado em 10/08/2018.

<sup>58</sup> BRASIL. TJMG. 12ª Câmara Cível. Ap. Cível 0284985-06.2014.8.13.0707. Rel. Desembargadora Juliana Campos Horta. Publicado em 28/06/2018; e BRASIL. TJMG. 14ª Câmara Cível. Ap. Cível 0064413-16.2012.8.13.0567. Rel. Desembargadora Cláudia Maia. Publicado em 24/03/2015.

<sup>59</sup> BRASIL. TJRJ. 21ª Câmara Cível. Ap. Cível 0443660-54.2012.8.19.0001. Rel. Des. Regina Lucia Passos. Publicado em 29/01/2019; e BRASIL. TJRJ. 27ª Câmara Cível. Ap. Cível 0001856-90.2016.8.19.0209. Rel. Des. Antonio Carlos dos Santos Bittencourt. Publicado em 17/10/2018.

<sup>60</sup> BRASIL. TJRS. 1ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado 71007911845. Rel. Mara Lúcia Cocco Martins Facchini. Publicado em 29/08/2018; e BRASIL. TJRS. 20ª Câmara Cível. Ap. Cível 70076979095. Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman. Publicado em 11/04/2018.

Porém, há que se ressaltar que muitas vezes não se verifica de forma muito nítida como efetivamente o art. 413 foi utilizado para controlar o valor das arras. Encontra-se nos votos proferidos por desembargadores desses tribunais usualmente menções genéricas ao mencionado artigo, como por exemplo:

Considerando-se esses elementos, respeitado o entendimento divergente do I. Magistrado sentenciante, todavia, a retenção deve ser calculada em 25% (vinte e cinco por cento) dos pagamentos, em redução da cláusula contratual abusiva, garantia de proteção ao consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, e do artigo 413 do Código Civil.

O percentual de 10% (dez por cento) representa montante inferior ao previsto em contrato, e a redução da cláusula contratual a percentual que atende aos limites da jurisprudência é medida razoável.<sup>61</sup>

Independente da natureza das arras, confirmatórias ou penitenciais, possível a sua redução equitativa, nos termos do art. 413, do Código Civil. In casu, as arras foram pagas como princípio de pagamento, conforme expressamente consta na cláusula 3 do contrato firmado. Quer dizer, as arras consistem em adiantamento do próprio preço do imóvel. Ademais, o adquirente chegou a adimplir as primeiras parcelas do contrato. Logo, cumprida em parte a relação, aplicável a redução equitativa, na forma do art. 413, do Código Civil. Outrossim, como as arras consistem em princípio de pagamento, razoável a retenção no importe de 20%, como efetuado na devolução das parcelas pagas, pois ambas possuem a natureza de pagamento.<sup>62</sup>

Além disso, algumas vezes a possibilidade dessa aplicação é reconhecida, mas o controle do valor das arras não é realizado, por não se verificar uma excessividade do valor, como no caso do trecho da ementa de um voto muito bem fundamentado proferido pela Ministra Nancy Andrigh:

É admissível a redução equitativa das arras quando manifestamente excessivas mediante a aplicação analógica do art. 413

---

<sup>61</sup> BRASIL. TJSP. 3ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cível 1022242-27.2018.8.26.0576. Rel. Des. Carlos Alberto Salles, Publicado em 20/08/2019.

<sup>62</sup> BRASIL. TJRJ. 13ª Câmara Cível. Ap. Cível 0015339-27.2015.8.19.0209. Rel. Des. Renata Machado Cotta. Publicado em 02/04/2018.

do Código Civil. No particular, contudo o valor das arras passível de retenção (R\$48.000,00) não se mostra desarrazoado, tendo em vista os prejuízos sofridos pelos promitentes cedentes, que foram privados da posse e usufruto do imóvel por quase 8 anos.<sup>63</sup>

Ou seja, tanto no tribunal superior, quanto nos tribunais estaduais, verifica-se uma recorrente menção à possibilidade de redução do valor das arras, sejam elas confirmatórias ou penitenciais, mas sem um desenvolvimento mais detalhado de como o valor excessivo será reduzido de forma equitativa. Na verdade, encontra-se na negativa de aplicação da analogia acima mencionado uma justificativa e fundamentação muito mais bem assentada que nos casos em que há a redução do valor das arras com base no artigo 413.

A jurisprudência majoritária do tribunal superior brasileiro, na verdade, vem consolidando um entendimento de limitação do valor das arras ao patamar máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato<sup>64/65</sup>. Havendo essa parametrização do valor máximo para as arras, acaba por resultar na ausência de uma verdadeira análise equitativa, construída caso a caso, no procedimento de controle do seu valor. Neste sentido o que acaba se verificando é uma certa utilização retórica do art. 413, muito mais para justificar a falta de uma norma que autorize a redução do valor das arras, do que a sua efetiva utilização

---

<sup>63</sup> Como no julgado BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp* 1669002/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrigh. Publicado em *DJe* 02/10/2017.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgRg no *REsp* 1495240/DF. Rel. Min. Moura Ribeiro. Publicado no *DJe* 31/08/2016; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp* 1224921/PR. Rel. Ministra Nancy Andrigh. Publicado no *DJe* 11/05/2011.

<sup>65</sup> Em que pese a publicação da Lei 13.786/2018, conhecida como lei dos distratos, que introduziu no direito brasileiro parâmetros legais de retenção de valores nos contratos imobiliários, estabelecendo a possibilidade de retenção de até 50% do valor já pago pelo adquirente, o que representa uma alteração bastante significativa no patamar que vinha sendo aplicado pelo STJ, conforme apontado acima. Não cabe analisar a presente lei e os seus efeitos, mas desde já deve-se destacar que mesmo com a existência de um limite estabelecido na mencionada norma, deverá se possível a redução do valor caso os parâmetros que serão apontados mais a frente sejam verificados.

analógica, como deve ser feita. Nos julgados analisados não se verifica o exercício equitativo que deve ser feito quando da redução do valor da pena convencional, apurando-se, por exemplo, os interesses envolvidos, o grau de culpa da parte inadimplente, etc.

Ou seja, existe uma aplicação sem a técnica adequada, não sendo de fato utilizado o procedimento de integração da suposta lacuna existente através da utilização analógica do artigo 413 do Código Civil. De fato, essa aplicação analógica é um tanto quanto sedutora<sup>66</sup> e à primeira vista parece ser correta. Porém procurar-se-á demonstrar, no próximo ponto, que diferentemente do que defende a doutrina e de como vem decidindo a jurisprudência, o controle das arras não deveria ser feito nos mesmos moldes da cláusula penal.

#### 4. TOMADA DE POSIÇÃO – DA INAPLICABILIDADE DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL NO CONTROLE DAS ARRAS

Antes de se tomar uma posição, deve-se abrir o presente ponto com uma singela justificação, como forma de evidenciar que não se trata de um artigo com objetivo de simplesmente contestar a posição majoritária da doutrina e jurisprudência de forma descuidada. Não se está colocando uma posição “do contra”, cujo objetivo é apenas apontar erros na doutrina e na jurisprudência por um bel prazer. Pelo contrário, o que se pretende é contribuir para o desenvolvimento do direito civil, e com isso auxiliar na evolução da noção das arras, figura de inegável aplicação prática. Procura-se, sobretudo, auxiliar numa melhor definição dos parâmetros de controle da figura, através de um exercício mais técnico e objetivo.

Sabe-se que a construção dos enunciados dos Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal é feita de forma

---

<sup>66</sup> BERNARDO, Nelson Raposo. Sinal da sua irredutibilidade por equidade: um problema de aplicação do artigo 812.º do código civil ao sinal, p. 420.

bastante técnica, contando com a colaboração de especialistas no assunto, existindo amplo debate e uma difícil tramitação que depende de dois turnos de votação. Contudo, certas vezes, mesmo com esse rígido procedimento de deliberação, alguns enunciados aprovados em uma Jornada acaba sendo cancelado ou revogado em encontros subsequentes. Nesse caso, é possível, por exemplo, citar o enunciado 65, que tratava da manutenção do contrato de locação quando do trespasse de estabelecimento empresarial, que acabou sendo cancelado pelo enunciado 234<sup>67</sup>, aprovado na III Jornada. Também cita-se o enunciado 179, que tratava do controle da cláusula penal prevista no art. 4º da lei de locações, e que foi revogado pelo enunciado 357 da IV Jornada<sup>68</sup>.

Também não se questiona, de modo algum, a qualidade do processo decisório utilizado pelos ministros do STJ quando proferem seus votos, que sempre são bastante fundamentados, sendo certo que no caso em questão inclusive são baseados no enunciado ora criticado. Os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, contudo, não são imutáveis, e muitas vezes é possível verificar uma mudança de paradigma. Isto foi verificado, por exemplo, no julgamento do prazo prescricional da responsabilidade contratual, que depois de idas e vindas acabou sendo pacificada, recentemente, em voto de relatoria do Ministro Felix Fischer<sup>69</sup>, ficando consolidada a tese de que o prazo para ação fundada em responsabilidade civil contratual, sem que haja pedido líquido e certo, é de 10 (dez) anos, aplicando no caso os ditames do art. 205 do Código Civil. Assim, o entendimento anterior, que perdurou durante algum tempo, e que definia aplicação do prazo de 3 (três) anos, com fulcro no art. 206, §3º, I, V do Código Civil,

---

<sup>67</sup> Enunciado 234. Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. Fica cancelado o Enunciado n. 64.

<sup>68</sup> Enunciado 357. O art. 413 do Código Civil é o que complementa o art. 4º da Lei n. 8.245/91. Revogado o Enunciado 179 da III Jornada.

<sup>69</sup> BRASIL. STJ. Corte Especial. EResp. 1281594/SP. Rel. Min. Felix Fischer. Publicado no *DJe* 23/05/2019.

acabou sendo superado.

Neste sentido, e em que pese todos os argumentos doutrinários favoráveis, bem como a sólida fundamentação e construção da jurisprudência, entende-se que a aplicação analógica do artigo 413 do CCB ao controle das arras não parece ser o entendimento mais correto. São três os motivos que serão apontados para tanto, quais sejam: 1) o silêncio eloquente do legislador; 2) as divergências funcionais e estruturais existentes entre as arras e a cláusula penal; 3) a desnecessidade de utilização dessa analogia forçada e/ou indevida, pela possibilidade da aplicação de outros controles.

#### 4.1. A EXISTÊNCIA DE UM SILÊNCIO ELOQUENTE DO LEGISLADOR DE 2002

Desde logo é fundamental apontar que não se vislumbra a existência de uma lacuna quanto a regulação do controle das arras, sendo, portanto, indevida a aplicação de analogia no caso. Como bem aponta LARENZ<sup>70</sup>, nem toda falta de regulação pelo legislador deve ser encarada como uma lacuna. O autor alemão evidencia que existem situações em que o legislador efetivamente não quis regular algo, o chamado silêncio eloquente. Isso significa dizer que muitas vezes o legislador deliberadamente deixará de regular certa questão, pois efetivamente entendeu que ela não merece tratamento legal, não sendo uma questão lacunosa, mas sim uma questão efetivamente sem regulação.

Na regulação do regime das arras, artigos 417 a 420 do Código Civil, é possível verificar que o legislador brasileiro nada falou sobre o controle do valor. Por outro lado, há regramento específico sobre o controle da “pena convencional”, que se encontra no capítulo destinado ao regime da cláusula penal, que topograficamente é o imediatamente anterior àquele destinado às arras. Pergunta-se, então, por que o legislador

---

<sup>70</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 525.

estabeleceu regras para o controle da cláusula penal e não para o valor das arras?

Não parece ser difícil verificar que o legislador foi eloquentemente silencioso quanto a essa questão. Como bem aponta ANTUNES VARELA<sup>71</sup>, no contexto do Direito Civil Português, que em muito se assemelha ao brasileiro, principalmente na dinâmica do Direito das Obrigações, não necessariamente uma falta de regulamento pode ser interpretado como lacuna, não se vislumbrando a existência de uma lacuna no Código Civil português em matéria de controle das arras. Neste sentido, ele, que inclusive participou da comissão de elaboração do Código Civil de 1966, afirma que o legislador deliberadamente não regulou a matéria, sendo indevida uma aplicação analógica do artigo 812º do CCP (equivalente ao 413 do CCB).

Da mesma forma, não se vislumbra uma lacuna na lei brasileira, visto que de forma deliberada, tratou do controle da pena convencional no artigo 413, mas não disse nada nos artigos que regulam a arras, que inclusive são tratados na sequência dos artigos sobre a cláusula penal. Evidências mostram que a questão envolvendo o controle das arras não foi discutida durante o trâmite legislativo do projeto de lei que, posteriormente, materializou o Código Civil Brasileiro, já que não foram propostas emendas voltadas a regulamentar a questão no capítulo destinado às arras<sup>72</sup>.

O assunto do controle das arras não era tratado no Código de 1916 e se manteve assim com a promulgação do Código Civil atual. É possível apontar um desinteresse da doutrina da época pelo tema, não sendo encontrados maiores debates sobre os

---

<sup>71</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1º de Fevereiro de 1983. *Revista Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3742-3753, 1987, p. 3747.

<sup>72</sup> Conforme é possível verificar em PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*, vol. I. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 116-118. Disponível em [http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v1\\_ed1.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf).

temas seja nos livros de direito civil<sup>73</sup>, seja nos próprios trabalhos especializados sobre o assunto<sup>74</sup>. Também em alguns trabalhos que tratam da tramitação do código atual, não se verifica um tratamento sobre a questão, sendo sempre destacada a grande inovação do legislador à época quanto ao tratamento unitário do regime do inadimplemento<sup>75</sup>, passando as arras e a cláusula penal a serem tratadas de forma mais sistematizada. Interessante, neste sentido, destacar a análise de DILVANIR JOSÉ DA COSTA<sup>76</sup>, que justifica esse tratamento mais sistemático exatamente pela analogia existente entre as arras e a cláusula penal, mas sem fazer qualquer menção sobre o controle das figuras, o que evidencia que era um assunto sem muita relevância naquele momento.

Importante ressaltar que o antigo código, em seu art. 924<sup>77</sup>, somente previa a possibilidade de controle da cláusula penal em caso de cumprimento parcial da obrigação, o que foi consideravelmente alterado pelo novo código. A possibilidade de controle da cláusula penal foi incluída desde o início da tramitação do código<sup>78</sup>. O anteprojeto, portanto, já previa essa possibilidade, na esteira das legislações de direito civil mais moderna à

---

<sup>73</sup> Neste sentido não se encontra nenhuma consideração sobre o assunto, por exemplo nos cursos de direito civil na vigência do antigo código, como por exemplo: PEIREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, p. 57-60; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, t. XXIV, p. 172-176.

<sup>74</sup> Como por exemplo nos trabalhos de RODRIGUES, Lia Palazzo. Das Arras. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998; e RODRIGUES, Sílvio. Das Arras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.

<sup>75</sup> AMARAL, Francisco. O projeto de código civil. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 16, p. 23-47, 1999, p. 38-39

<sup>76</sup> COSTA, Dilvanir José da. O direito das obrigações no anteprojeto de Código Civil. In: *Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, v. 17, p. 141, 1976, p. 144-145.

<sup>77</sup> Código Civil de 1916. Lei 3.071/1916. Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

<sup>78</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*, vol. I, p. 116.



época, sendo certo que a redação do artigo se manteve inalterada durante as discussões para aprovação do código.

Por outro lado, como já evidenciado acima, nada foi dito sobre o controle das arras, existindo um inegável silêncio eloquente do legislador. Em que pese ter ocorrido uma considerável alteração no regime das arras em relação ao código anterior, com uma dinâmica muito mais harmoniosa. O legislador de 2002 resolveu vários dos problemas das arras apontados pela doutrina relativos ao regime legal do Código de 1916, sendo uma das figuras que foi melhor regulamentada pelo Código Civil<sup>79</sup>. Contudo, nada disse sobre o controle do seu valor, mesmo que tenha inserido uma dinâmica para a cláusula penal. Ou seja, houve uma alteração robusta das normas que disciplinavam a figuras, o que parece demonstrar, entre os outros argumentos trazidos, que não se verifica uma falta de regulamentação lacunosa nesse caso, sendo verificado um forte silêncio do legislador, que pode ser interpretado como eloquente.

Desta forma, como bem apontam STOLZE e PAMPLONA<sup>80</sup>, não é correta a orientação doutrinária consagrada pelo enunciado 165 da III Jornada de Direito Civil do CJF. Não havendo lacuna, não se pode utilizar da analogia, conforme estabelece o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), não sendo prudente utilizar o mecanismo estabelecido no art. 413, que é voltado para o controle da cláusula penal quando se estiver diante de uma procedimento de controle do valor das arras.

## 4.2. DA DESNECESSIDADE – PROPOSTA DE COMO PROCEDER NO CONTROLE DAS ARRAS

### 4.2.1. DAS DIVERGÊNCIAS FUNCIONAIS E

---

<sup>79</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil, p. 290.

<sup>80</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, p. 380, nota 7.

## ESTRUTURAIIS

Mesmo que eventualmente se considere equivocadas as afirmações acima, o que poderia justificar a aplicação analógica do art. 413, ela deveria ser obstada, uma vez que essa norma que regulamenta o controle da cláusula penal seria excepcional do ponto de vista material, o que significa dizer que não é suscetível de aplicação analógica<sup>81</sup>. Posto que, indubitavelmente, esta é uma norma destinada a regular um grupo de casos específico, o grupo das obrigações que possuam cláusula penal e não àquelas cuja dinâmica das arras se aplica.

O controle do exercício do direito das arras é diverso do controle do exercício da cláusula penal, especialmente por conta das divergências funcionais e estruturais que existem. Esse aspecto é ainda mais evidente nas arras penitencial, que não são destinadas a sancionar uma conduta ilícita<sup>82</sup>, mas também é verificado na espécie confirmatório-indenizatório, que possui uma configuração, uma dinâmica diversa da cláusula penal como liquidação antecipada do dano. Em comum, ambos podem ser identificados como direitos subjetivos do “credor” da obrigação. Mas não se pode entender que os dois grupos de casos sejam idênticos. A utilização analógica desses artigos excepcionaria o normal exercício de um direito subjetivo das partes (o direito de arrependimento ou o direito à indenização previamente fixada), o que não pode ser admitido.

Sendo, portanto, as normas de controle da “pena convencional” de natureza excepcional, não se pode admitir a aplicação analógica das regras de redução equitativa da pena convencional ao valor das arras quando forem excessivas. Mais que isso, parece ser correto afirmar que, em função das divergências estruturais que as figuras possuem e que foram acima destacadas, seu controle deve se dar por mecanismos outros que não a redução

---

<sup>81</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, p. 502-503.

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 258.

equitativa da “pena convencional”.

A cláusula penal indenizatória possui uma dinâmica de controle própria, inclusive com normais legais para regulamentar e embasar esse controle, que conferem poder ao julgador para, *ex officio*, reduzir a “pena convencional” de forma equitativa e quando for manifestamente excessiva. Como se trata de cláusula que estabelece uma prestação futura e uma determinação antecipada do valor da indenização, a possibilidade de abusos e valores excessivos é bastante grande, o que faz com que o controle seja mais comum. Esse aspecto da cláusula penal justifica a existência da norma específica de controle, um a vez que não é uma norma que desencadeia um princípio de alcance geral, mas pelo contrário, é uma norma que absorve os ditames da boa-fé, sendo um exemplo de sua função corretiva do conteúdo contratual<sup>83</sup>. Neste sentido, os argumentos de PINTO MONTEIRO colocados acima acabam sendo refutados.

Essa impossibilidade de aplicação analógica das normas de controle da cláusula penal às arras não significa, contudo, que este não possa e não deva ser controlado. Porém esse controle não deve ser feito mediante a utilização de uma ou outra norma de forma analógica como será evidenciado à frente. Além disso, a existência de uma lacuna pressupõe não só a falta de regulamentação, mas também a necessidade de regulamentação específica<sup>84</sup>. Conforme será melhor evidenciado a frente, as arras não carecem de normas para regulamentar o controle de seu valor, o qual pode ser feito utilizando mecanismos existentes no sistema jurídico, como, por exemplo, o controle das declarações de vontade viciadas, o enriquecimento sem causa, a alteração das circunstâncias e, principalmente, o controle do exercício de posições jurídicas em abuso de direito, através da aplicação dos ditames da boa-fé objetiva.

---

<sup>83</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*, p. 581.

<sup>84</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 526.

#### 4.2.2. CONTROLE DAS ARRAS PENITENCIAIS

Para a solução do problema relacionado ao controle do valor das arras penitenciais, parece que é necessário, antes de mais nada, lembrar para que serve esse valor, ou seja, avaliar a função exercida por essa espécie tendo em mente seu funcionamento e seus efeitos. Como anteriormente evidenciado, a sua principal função é a criação de um direito de arrependimento para as partes. Além disso foi destacado que seu efeito derradeiro é a extinção do dever prestar pela substituição por uma prestação alternativa.

O controle do exercício das arras penitenciais, portanto, passa na verdade por um controle do exercício do direito de arrependimento, ou seja, o controle do exercício de um poder, de um direito potestativo a ser exercido por uma das partes, que deve ser controlado através do abuso de direito (art. 187 do CCB)<sup>85</sup>. Segundo aponta JUDITH MARTINS-COSTA, os parâmetros da boa-fé também devem ser verificados quando haja pedido de resolução (*lato sensu*) do contrato<sup>86</sup>.

Ainda que não se considere a extinção da obrigação quando haja arrependimento em caso de resolução do ponto de vista técnico, tal aceção da autora vale também para o seu exercício. Ou seja, a boa-fé em sua função corretora também deve ser utilizada como parâmetro de controle da desvinculação exercida pelas partes por meio das arras penitenciais. A extinção da obrigação, seja por qualquer motivo, deve observar os parâmetros da boa-fé, devendo ser incluída nessa noção a extinção pela dação em cumprimento operada por esta espécie.

Esse controle do exercício do direito de arrependimento parece ser simples e meramente ligado ao momento em que uma das partes irá exercê-lo. Conforme verificado, a desvinculação

---

<sup>85</sup> RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das Arras*, p. 58-64.

<sup>86</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*, p. 677.

não pode coincidir ou ultrapassar o momento da execução do contrato ou do cumprimento da obrigação. Mas na verdade o controle deve ser mais amplo. Não se pode olvidar que se está perante o campo de atuação da boa-fé, e qualquer comportamento que exceda os limites por ela impostos será considerado um comportamento abusivo, merecendo assim um controle. Dessa forma, se no momento do exercício do direito de arrependimento for verificado um comportamento que viole os ditames da boa-fé, o exercício deverá ser impedido<sup>87</sup>. Não há nesse caso, contudo, que se falar em controle do valor das arras penitenciais, uma vez que seu próprio exercício será obstado.

Pergunta-se, por outro lado, se será possível, considerando que o exercício do direito de arrependimento foi regular, controlar o valor estabelecido pelas partes, ou seja, o preço do arrependimento. PINTO OLIVEIRA<sup>88</sup> é enfático ao afastar a possibilidade de controle do valor pactuado pelas partes como preço pelo arrependimento. Ele argumenta que o bem ou valor não serve para sancionar uma conduta ilícita, pelo contrário, serve para definir o preço de uma conduta lícita, qual seja, o preço para o exercício do direito do arrependimento. Dessa forma, possibilitar ao julgador moderar esse valor significaria autorizar a total ingerência dele no conteúdo da declaração da vontade das partes, uma vez que tal valor foi livremente decidido pelas partes.

A princípio, o argumento do referido autor parece ser incontestável, sendo que uma redução no valor das arras penitenciais livremente acordado pelas partes poderia realmente significar uma ingerência do julgador no conteúdo do contrato. Porém bem se sabe que nos dias de hoje não há que se falar em autonomia da vontade, mas sim autonomia privada<sup>89</sup>, e que, ao

---

<sup>87</sup> CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas.

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 260 e 257-266.

<sup>89</sup> Que como bem aponta VICENTE, Dário Moura. A Autonomia Privada e seus Diferentes Significados à Luz do Direito Comparado. *Revista de Direito Civil*, Lisboa,

analisar o conteúdo de alguma cláusula contratual, o julgador deve considerar os limites da autonomia das partes de acordo com o sistema jurídico, e principalmente de acordo com os limites impostos pela boa-fé. Obviamente não é salutar ou recomendável que exista um sistema jurídico em que o julgador constantemente possa modificar ou exercer ingerência no conteúdo dos contratos e obrigações, porém isso não quer dizer que o julgador nunca deva exercer seu poder de controle.

Nesse sentido, o posicionamento de PINTO OLIVEIRA não pode prosperar. Mesmo que se considere que o exercício em si das arras penitenciais (o direito de arrendimento) foi regular, não se pode rejeitar que o valor seja excessivo. Tal situação também deve ser considerada como abuso de direito, não em relação ao exercício das arras, e sim em relação aos efeitos de seu exercício, que tampouco podem ser abusivos. Dessa forma, caso seja verificado abuso manifesto em relação ao valor a ser retido ou recebido em dobro, o julgador deverá utilizar o artigo 187 do CCB, que trata da ilicitude dos atos que excedem manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, reconhecendo o abuso e decotando o valor considerado abusivo.

Além disso o principal motivo para o eventual controle das arras, com redução de seu valor, passa pela possibilidade de alteração das circunstâncias ou onerosidade excessiva<sup>90</sup>. Um dos principais aspectos relacionados às arras é a necessidade de tradição do valor ou objeto, devendo essa entrega sempre ocorrer anteriormente à verificação de seus efeitos. Nesse sentido, não será incomum que no momento de uma das partes exercer o direito de arrendimento, haja alguma modificação na sua situação fático-jurídica que faça com que o bem ou valor dado tenha

---

ano I, n. 2, 2016, p. 280-286, nos países do sistema romano-germânico, apesar de se basear na vontade humana, deve ser sempre exercida dentro dos limites da lei e do sistema, e não pode significar uma força absoluta da vinculatividade das obrigações.

<sup>90</sup> BERNARDO, Nelson Raposo. Sinal da sua irredutibilidade por equidade: um problema de aplicação do artigo 812.º do código civil ao sinal, p. 417.

se tornado excessivo. Essa verificação superveniente do exagero do valor, seja o retido, seja o que deve ser devolvido “em dobro”, ensejará o pedido da redução do valor pelo “arrependido”. Caso sejam verificados os pressupostos da onerosidade excessiva dos artigos 478 a 480 do diploma brasileiro, o juiz deverá reduzir o valor, exercendo o controle nos moldes aqui defendidos.

Tais considerações não só demonstram que existe a possibilidade de controle do valor das arras penitencias, como também evidenciam a desnecessidade de aplicar de forma forçosa o artigo 413 do CCB. O sistema jurídico privado do Brasil possui mecanismos suficientes para que esse controle seja exercido, cabendo ao julgador analisar em que contexto o pedido de redução do valor do “preço de arrependimento” está sendo formulado. Caso seja em um contexto de normalidade do exercício da espécie penitencial, mas que fique evidenciado que seu valor é abusivo, o julgador deverá utilizar as normas que determinam a proibição do abuso de direito e, reconhecendo o exercício abusivo, decotar a parte excessiva, reduzindo o valor.

#### 4.2.3. CONTROLE DAS ARRAS CONFIRMATÓRIAS

Esta é a espécie de arras que mais se aproxima da cláusula penal, principalmente do ponto de vista funcional, aspecto que é destacado maciçamente pela doutrina<sup>91</sup>. As arras confirmatórias-indenizatória, como o próprio nome já diz, possuem natureza indenizatória, sendo sua principal função determinar antecipadamente o valor da compensação que deverá ser paga pela parte que descumprir a obrigação assegurada. Conforme já evidenciado, por ter caráter indenizatório, o funcionamento dessa espécie depende do preenchimento de todos os requisitos

---

<sup>91</sup> Conferir, entre outros: MARTINS-COSTA, Judith. Do adimplemento das obrigações, p. 511; MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 163 e 187; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral, interpretação sistemática e teleológica*, p. 301.

da responsabilidade civil, sendo o principal deles a existência de danos. Apesar de essa espécie funcionar como uma espécie de presunção convencional da existência de prejuízo em caso de incumprimento, a apresentação de prova em sentido contrário por parte do faltoso afasta seu funcionamento. Caso o faltoso não consiga fazer essa prova em contrário, ou porque os danos efetivamente ocorreram, ou porque a prova foi efetivamente impossível, as arras irão funcionar, sendo verificados os efeitos já analisados.

Por ter esse cariz indenizatório, e considerando o princípio da reparação integral dos danos causados, na constituição desse tipo as partes sempre devem buscar um valor que seja efetivamente aquele que corresponda à reparação dos danos esperados em função do incumprimento do contrato ou obrigação, o valor que será na verdade um mínimo indenizatório, sempre sendo possível que, em caso de prova da existência de danos superiores ao valor das arras, o lesado seja integralmente reparado.

Porém, o problema ocorre quando o valor das arras é superior ao valor do prejuízo experimentado pelo lesado. Mais uma vez, considerando que o princípio basilar que rege a responsabilidade é o da reparação integral do dano, caso o bem ou valor for superior ao valor dos danos, não se estaria violando tal princípio nem o regime normal da responsabilidade civil contratual? A resposta é simples, e deve ser a mesma dada para a cláusula penal de liquidação antecipada dos danos. Por ter cariz indenizatório, o valor das arras não pode nunca supra compensar o lesado. A forma de controle, porém, conforme já amplamente destacada, deve ser diferente daquela utilizada para a cláusula penal.

Caso o lesante consiga provar que o valor do sinal constituído é superior ao valor do prejuízo causado pelo incumprimento do contrato ou obrigação, o julgador deverá reduzir o valor. Essa redução, contudo, não deve se dar pela utilização da regra do artigo 413, mas sim pelas regras do enriquecimento sem



causa. O julgador, portanto, deverá moderar o valor das arras, reduzindo até o patamar do valor dos danos efetivamente sofridos pelo lesado, como forma de evitar que haja enriquecimento sem causa deste, vedado pelo art. 884 do CCB. Mas os efeitos e a forma de controle através do enriquecimento sem causa são diferentes quando se tratar da retenção e quando se tratar da devolução em dobro das arras.

Relativamente à retenção das arras pelo *accipiens* de um objeto ou bem cujo valor é superior ao valor dos danos efetivamente verificados, estar-se-ia perante uma situação de enriquecimento sem causa por não verificação do efeito pretendido. Isso porque as partes tinham como efeito pretendido para o valor dado a título de sinal a compensação da parte que fosse lesada pelo incumprimento. Se for verificado que o valor foi superior aos danos efetivamente provados pela parte-lesante que incumpriu o contrato, uma parte do valor deverá ser devolvida. Há a verificação de uma *condictio causa data* nessa prestação antecipada indenizatória, já que o efeito total dela não foi verificado<sup>92</sup>. Neste caso, o *accipiens* deve devolver ao *tradens* o valor que exceder o montante dos prejuízos apurados, com base nos ditames do artigo 884 do Código Civil brasileiro, ficando caracterizada a efetiva necessidade de restituição, pois o enriquecimento sem causa é verificado.

Por outro lado, relativamente à devolução “em dobro” cujo valor for superior ao montante dos prejuízos havidos, não se verifica *a priori* situação de enriquecimento sem causa<sup>93</sup>. Porém será necessário que o julgador ajuste o valor que deve ser

---

<sup>92</sup> LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, p. 512-514.

<sup>93</sup> Já que não é possível identificar a situação nas 4 (quatro) categorias de enriquecimento propostas por MENEZES LEITÃO, que podem ser verificadas de forma sintética em: LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *O Enriquecimento sem Causa no Novo Código Civil Brasileiro*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. II, p. 21-30.

entregue pelo *accipiens* ao *tradens* como forma de evitar que o segundo se locuplete. Assim, o princípio da proibição do enriquecimento sem causa, servirá de fundamento para a intervenção do julgador na eficácia do negócio jurídico celebrado pelas partes<sup>94</sup>. Não há nesse caso, portanto, verdadeira necessidade de restituição do enriquecimento injustificado, mas antes uma atuação preventiva do julgador para evitar que o enriquecimento sem causa venha a se concretizar.

Obviamente não se pode olvidar que em uma relação contratual existem valores subjetivos, que muitas vezes fazem com que o valor que uma das partes dá para o cumprimento do contrato seja maior que o valor dos prejuízos verificados em decorrência do incumprimento. O julgador deve ter esse aspecto em mente no momento do controle do valor das arras, devendo o lesado também sublinhar esta questão como forma de resguardar seu direito. Assim pode-se cogitar que um sinal seja um pouco superior aos danos não seja reduzido. Porém, qualquer valor que seja “mais que um pouco” superior deve ser controlado, devendo o julgador decotar o valor excessivo aproximando-o do valor do dano, do prejuízo. Por fim, vale dizer que todas as considerações feitas sobre o controle da cláusula penal como liquidação antecipada do dano devem também ser levadas em conta no controle da figura.

Finalmente, cabe analisar os pressupostos de controle do valor das arras confirmatórias-coercitiva, que, por seu caráter de pena privada, muito se assemelha ao controle da pena convencional decorrente da cláusula penal *stricto sensu*. Seu exercício é um direito subjetivo do contraente não faltoso, e nesse sentido, o parâmetro de controle do valor e do exercício é o abuso de direito. Deve se utilizar dos ditames da boa-fé objetiva e sua função corretora para controlar o direito do credor à pena convencional. Caso seja verificado que o valor da pena estabelecida é excessivo, esta deve ser reduzida, já que seu exercício sem

---

<sup>94</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 356-359.

moderação geraria uma situação tipicamente abusiva, qual seja, o exercício disfuncional de posições jurídicas<sup>95</sup>.

Ao exercer a pena convencional decorrente da constituição desse tipo de arras, o não faltoso precisa respeitar os ditames da boa-fé objetiva. Dessa forma, a exigência de uma pena com valor excessivo caracteriza abuso de direito, uma vez que, de forma desproporcional, o credor estará se beneficiando excessivamente e, ao mesmo tempo, impondo grave sacrifício àquele que descumprir a obrigação<sup>96</sup>. O *accipiens* que retenha um objeto ou bem dado como sinal cujo valor seja excessivo estará abusando de seu direito à retenção, ou seja, de seu direito à pena. No mesmo sentido, o *tradens* que exige a devolução em dobro das arras cujo valor é exorbitante também estará abusando de seu direito.

O problema do controle das arras confirmatórias-coercitiva, portanto, passa por identificar o que deve ser interpretado como valor abusivo nesse tipo de pena privada. É sem dúvida aspecto de difícil apreciação, principalmente considerando que existe uma clara limitação de seu valor, que não pode ser superior ao valor da obrigação.

Porém, mesmo que a verificação da abusividade dessa espécie de pena convencional esteja mais condicionada que no caso da pena proveniente da cláusula penal, deve-se sempre ter em mente a possibilidade de seu controle pelo julgador. Verificada, caso a caso, a abusividade da pena, contrária à boa-fé e aos ditames dos artigos 187 e 422 do diploma civil, o julgador deve reduzi-la. Os requisitos e o procedimento acabam sendo os mesmos para a pena convencional decorrente da cláusula penal *stricto sensu*. Deve, assim, afastar a parte do valor efetivamente abusiva, reduzindo o valor da pena, mas levando sempre em conta que a redução não pode nunca significar a supressão da

---

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 233.

<sup>96</sup> CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas.

função coercitiva e punitiva, própria das penas privadas.

Pela própria natureza de pena privada que a espécie confirmatória-coercitiva possui, a verificação da excessividade do valor da pena, da abusividade no exercício dessa posição jurídica, deve considerar o comportamento e a capacidade econômica do lesante. Nesse sentido, parece ser possível afirmar que a gravidade da conduta do lesante é um aspecto fundamental que o julgador deve ter em conta quando do controle do valor dessa espécie. Uma conduta muito gravosa não pode merecer ajuste, uma vez que a principal função da pena privada convencional é punir o ofensor. Por outro lado, caso seja verificado que o incumprimento se deu por culpa leve do lesante, as circunstâncias do caso podem levar à necessidade de ajuste do valor da pena.

Além disso é importante analisar a situação econômica do faltoso, uma vez que o próprio incumprimento do contrato pode ter ocorrido por motivações econômicas, que podem levar à impossibilidade de pagamento do valor da pena em sua totalidade. Fundamental, porém, ressaltar que a simples situação econômica precária do lesante não pode nunca ser motivo para a redução da pena. A construção da redução do valor das arras deve ser científica, sendo certo que a forma de controle irá variar de acordo com a situação de incumprimento por cada parte na relação obrigacional.

Caso o incumprimento do contrato se dê por fato imputável ao *tradens*, importante ter em mente que o valor já foi entregue para o *accipiens*. Dessa forma, o eventual ato abusivo que estará sendo analisado é o direito de retenção pelo *accipiens*. Por todas as considerações acima apresentadas, essa parece ser a situação de controle mais difícil de ser verificada, pois já houve a entrega do bem, sendo a pena nesse caso a perda do valor entregue. Somente em casos em que fique muito evidente que o valor é excessivo, e que a punição é demasiadamente grave e desproporcional, o julgador deve reduzir o valor da pena, determinando que uma parte dele seja devolvida para o *tradens*.

No outro quadrante, quando o incumprimento for causado pelo *accipiens*, o exercício de controle do valor será muito mais próximo do controle da cláusula penal. Nesse caso o funcionamento das arras se assemelha ao da cláusula penal, já que o faltoso deve devolver o objeto ou bem dado ao *tradens*, acrescido de seu equivalente pecuniário (em dobro). O ato a ser controlado, portanto, será o direito do *tradens* de exigir o pagamento em dobro. A pena, nessa situação, deve ser efetivamente paga pelo faltoso, que juntamente com a devolução do sinal deve acrescentar o valor “dobrado”.

Por isso o julgador, no processo de análise da excessividade da pena, deverá verificar se esse valor a mais devolvido pelo *accipiens* é proporcional à punição pelo incumprimento do contrato. Caso seja verificado que a pena é abusiva, ou seja, que o valor é excessivo, o julgador deverá determinar a devolução das arras e decotar a parte abusiva do valor a mais. Fundamental nesse processo de controle do valor das arras, porém, que o julgador nunca esqueça da função coercitiva/punitiva exercida pela figura, e que também não olvide que houve efetivamente violação do acordo pactuado entre as partes. Assim, levando em conta tais premissas, parece ser possível fazer o controle dessa pena privada convencional sem prejudicar sua importância prática.

## 5. CONCLUSÃO

Muitas vezes, quando no estudo de uma figura ou categoria jurídica, depara-se com certos dogmas ou entendimentos constantemente repetidos, que podem possuir um que de verdade, mas podem não estar completamente revestidos de precisão técnica. Parece que é possível apontar a existência dessa situação quando se está diante do assunto envolvendo o controle das arras. A doutrina majoritária e a jurisprudência maciça vem, durante algum tempo, reconhecendo a aplicação analógica do artigo 413 do código civil no procedimento de controle do valor

das arras. No entanto, é possível afirmar que essa não é uma visão correta do ponto de vista técnico e teórico, o que acaba prejudicando esse exercício de controle feito pelos julgadores.

Sento a analogia um mecanismo de integração do ordenamento jurídico quando é verificada a existência de uma lacuna regulatória, ele só pode ser utilizado quando esse requisito for verificado. Lacuna, porém, não se confunde com falta de regulação, já que pode se estar diante de um silêncio eloquente do legislador. Além disso, a utilização de analogia nem sempre é a técnica mais correta, pois a dita falta de regulação pode ser suprida por outros mecanismos nos sistema.

Considerando as duas premissas colocadas acima é que se defende a inaplicabilidade do artigo 413 do código civil no controle do valor das arras. Em primeiro lugar, porque existem fortes evidências de uma omissão deliberada do legislador em relação à regulação do controle das arras, estando-se diante de verdadeiro silêncio eloquente do legislador, o que afastaria essa tal aplicação analógica. Além disso, não se verifica a necessidade dessa aplicação forçosa do artigo em questão, pois o próprio sistema existente no Código Civil brasileiro fornece mecanismos suficientes de controle desse valor.

Em última análise, o que se quer dizer em conclusão ao presente texto, é que o controle do valor das arras não deve ser feito necessariamente nos mesmos moldes da cláusula penal, sendo equivocada a utilização da dinâmica do artigo 413. Por outro lado, isso não significa que o valor e o próprio exercício do direito relativo às arras não deva ser controlado, sendo nesse caso utilizada a já tradicional análise trifásica do negócio jurídico.

Para tanto, propõe-se, *prima facie*, que seja levada em conta a função que a figura, no caso concreto, está exercendo, avaliando a intenção dos contratantes e as particularidades do caso, cabendo nesse momento a observação das declarações de vontade envolvidas, sendo certo que eventuais nulidades podem

ser encontradas. Posteriormente, deve-se analisar se o exercício do direito relativo a figura foi regular, e em caso negativo um novo controle deve ser feito, sendo que se for verificado que o ato foi praticado em abuso de direito obstado, nos termos dos artigos 187 e 422 do código civil, controlando-se a sua validade. Por fim, considerando que os efeitos das arras foram verificados, volta-se para o valor acordado a título de arras ou sinal, podendo este ser reduzido caso, por exemplo, uma das partes esteja se locupletando, ou as circunstâncias envolvendo a contratação tenham se alterado, ocorrendo uma modulação dos efeitos da figura.



## REFERÊNCIAS

- ALVES, Hugo André Ramos. *Dação em Cumprimento*. Coimbra: Almedina, 2017.
- AMARAL, Francisco. O projeto de código civil. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 16, p. 23-47, 1999.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BERNARDO, Nelson Raposo. Sinal da sua irredutibilidade por equidade: um problema de aplicação do artigo 812.º do código civil ao sinal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 56, p. 367-425, 1996.
- COIMBRA, Ana Maria Correia Rodrigues. O sinal: contributo para o estudo do seu conceito e regime. In: *O Direito*, Lisboa, ano 122, v. III-IV, p. 621-671, 1990.
- CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 65, v. II, set. 2005.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*.

- Coimbra: Almedina, 2016. v. VII.
- COSTA, Dilvanir José da. O direito das obrigações no anteprojeto de Código Civil. In: *Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, v. 17, p. 141, 1976.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.
- KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, vol. 4, p. 83-104, mar-abr. 2014.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Coimbra: Almedina, 2005.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. O Enriquecimento sem Causa no Novo Código Civil Brasileiro. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. II.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arras. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio sobre o sinal*.



- Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Conceito e regime(s) do sinal no direito civil português. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011. v. 2. p. 535-554.
- PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*, vol. I. Brasília: Senado Federal, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. III.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. XXIV.
- RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das Arras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- RODRIGUES, Sílvio. *Das Arras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.
- ROSENVOLD, Nelson. *Cláusula penal: A pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Analogia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 91, p. 45-76, Belo Horizonte, 2005.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral, interpretação sistemática e teleológica*. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2007.
- SCHRIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987.
- SILVA, João Calvão da. *Sinal e Contrato Promessa*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca

de Direito Civil, 7).

- SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. *Cláusula Penal e Sinal: as penas privadas convencionais na perspectiva do direito português e brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.
- SIMÃO, José Fernando. Comentários ao Livro I – Das Obrigações. In: SCHIRIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.
- VARELA, João de Matos Antunes. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1º de Fevereiro de 1983. *Revista Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3742-3753, 1987.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2014. v. II.
- VICENTE, Dário Moura. A Autonomia Privada e seus Diferentes Significados à Luz do Direito Comparado. *Revista de Direito Civil*, Lisboa, ano I, n. 2, 2016.
- VILELA, João Batista. O Problema das Lacunas do Ordenamento Jurídico e os Métodos para Resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, p. 221-230, Belo Horizonte, 1961.