

(IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE ARRAS COM CLÁUSULA PENAL: EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS

Pedro Augusto Di Giovanni Boro¹
Fabio Souza Trubilhano²

RESUMO

O presente artigo tem como escopo analisar a relação entre os institutos da cláusula penal e das arras para verificar como esses institutos conversam entre si, bem como as consequências de sua pactuação em conjunto nas relações contratuais. O desenvolvimento da pesquisa partiu de análise doutrinária e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (entre o período de 2016 a 2020) a respeito do tema, cuja conclusão foi a possibilidade de cumulação contratual de ambos os institutos, em qualquer de suas espécies, mas, em regra, a impossibilidade de cumulação das penalidades inerentes a eles.

Palavras-chave: Cláusula penal. Arras. Cumulação.

ABSTRACT

The following research study is focused on the analysis of the legal institutes of penalty clause and down payment as to establish how these legal institutes behave with each other, as well as outcomes of their jointly stipulation on a contractual relationship. The development of the research study took into account the analysis of legal doctrines and case law of Brazil's Superior Court of Justice and Higher Court of the State of São Paulo (rendered from 2016 until 2020), which the conclusion was that both legal institutes could be stipulated with each other on a contract, but, as a rule, could not have its penalties applied together.

Keywords: Penalty clause. Liquidated damages clause. Down payment. Joinder.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; e-mail: pedroaugustoboro@gmail.com

² Professor-orientador, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, professor de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde leciona as disciplinas de Direito Civil e Linguagem Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento comum que a cláusula penal é um dos institutos jurídicos mais utilizados nas relações contratuais do país a fim de influenciar o devedor a cumprir com sua obrigação e resguardar indenização ao credor no caso de inadimplemento.

Por outro lado, o instituto das arras (também conhecidas como sinal) é pouco utilizado nas relações contratuais do país apesar de possuir semelhanças com a cláusula penal.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo aprofundar o conhecimento de ambos os institutos, a fim de verificar como eles interagem entre si, a (im)possibilidade de sua cumulação e as consequências de sua estipulação conjunta em um mesmo contrato.

Conhecer todas as faces, interações e consequências de cumulação desses institutos permite que estes sejam responsabilmente aplicados nas relações contratuais, adequando-os aos interesses dos contratantes e ao tipo de relação contratual.

Para tanto, o presente trabalho foi dividido em 5 seções: (i) análise da cláusula penal; (ii) análise das arras; (iii) (im)possibilidade de cumulação das arras com a cláusula penal; (iv) jurisprudência sobre a temática; e (v) considerações finais.

Com relação à seção de jurisprudência, foram analisados os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP); os termos de pesquisa utilizados em ambos os tribunais foram a combinação das palavras-chave “arras” e “cláusula penal”, sendo que no TJSP os resultados foram filtrados pela ementa e extraídos do período de 01/01/2016 a 31/12/2020.

2 CLÁUSULA PENAL

2.1 Conceito

A cláusula penal é instituto jurídico positivado nos arts. 408 a 416 do Código Civil (CC), inserido no Título da Parte Especial que trata do inadimplemento das obrigações, cujo racional pela sua

criação visou desincentivar o inadimplemento absoluto ou insatisfatório das obrigações contratuais, de modo a reduzir a saturação de demandas indenizatórias e ações de dar, fazer e não fazer perante o Poder Judiciário.

Trata-se de instituto presente na vasta maioria dos contratos bilaterais, mas que também pode ser estipulado em contratos unilaterais (como o testamento, por exemplo), cujo conceito não foi abordado pelo legislador quando de sua estipulação, recaindo tal definição à doutrina.

De todos os conceitos formulados pela doutrina aquele que se demonstra mais didático e aborda todas as faces da cláusula penal é o conceito formulado por Christiano Cassettari (2017, p. 51/52):

Assim sendo, o conceito mais completo de cláusula penal, pena convencional ou multa convencional, baseado em todos estes vistos anteriormente, é de que se trata de uma convenção acessória inserida em negócio jurídico unilateral ou bilateral, em que o devedor da obrigação se compromete, para o caso de inexecução completa da obrigação, de inexecução de alguma cláusula especial, ou simplesmente de mora, a uma sanção de natureza econômica, que pode ser de dar, fazer ou não fazer, nos limites fixados em lei.

Com relação ao conceito acima, há doutrinadores como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³ e Paulo Nader⁴ que substituiriam o termo “sanção” por prévia fixação de indenização, pois entendem que a cláusula penal é fixada sempre com a finalidade de prever indenização ao credor.

As hipóteses em que se permite a estipulação da cláusula penal são extraídas do art. 409 do CC, quais sejam: (i) inexecução completa da obrigação; (ii) inexecução de alguma cláusula especial; ou (iii) simplesmente à mora.

³ “Em outras palavras, a cláusula penal, também denominada *pena convencional*, tem a precípua função de pré-liquidar danos, em caráter antecipado, para o caso de inadimplemento culposo, absoluto ou relativo, da obrigação. [...]” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 367)

⁴ “Embora o *nomen iuris* de cláusula penal, não estamos diante de uma sanção ou penalidade, mas de uma indenização previamente fixada e, como as indenizações em geral, visa apenas a cobrir o prejuízo do credor na hipótese de incumprimento da obrigação pelo devedor.” (NADER, 2019, p. 501)

2.2 Natureza jurídica

Do conceito acima também se extrai o entendimento pacífico sobre a natureza jurídica da cláusula penal, qual seja: pacto acessório. Definir a cláusula penal como acessória implica em condicionar sua existência e validade à existência e validade da obrigação principal que está atrelada, nos termos do art. 184 do CC. Ou seja, caso haja nulidade da obrigação principal, também haverá nulidade da cláusula penal. A título de exemplo, oportuno elencar a ponderação feita por Álvaro Villaça Azevedo (2018, p. 208):

Isso porque, como a cláusula penal é acessória à obrigação assumida, não pode viver independentemente desta. Seria, mesmo, impossível imaginar uma cominação sem obrigação a cumprir. Jamais existirá autônoma uma cláusula penal ou um “contrato de multa”, mas, sempre, uma multa em um contrato, deste dependente.

2.3 Espécies

As espécies da cláusula penal são classificadas pela doutrina como moratórias ou compensatórias. A divergência doutrinária surge ao enquadrar as hipóteses de pactuação da cláusula penal previstas no art. 408 do CC às espécies da cláusula penal.

A maior parcela da doutrina (AZEVEDO, 2018; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019; GONÇALVES, 2019; TARTUCE, 2020; LÔBO, 2019; NADER, 2019) entende que seriam moratórias as cláusulas penais estipuladas para a mora ou inexecução de alguma cláusula especial; e seriam compensatórias as cláusulas penais estipuladas para a inexecução total da obrigação.

Em entendimento contrário, Sílvio de Salvo Venosa entende que a cláusula especial seria da espécie compensatória: “Quando a multa é aposta para o descumprimento total da obrigação, ou de uma de suas cláusulas, será *compensatória*. [...] Quando se apõe a multa para o cumprimento retardado da obrigação, mas ainda útil para o credor, a cláusula penal será *moratória*. [...]” (VENOSA, 2020, p. 407).

Já Christiano Cassettari mescla as duas posições previamente mencionadas e entende que será compensatória a cláusula penal fixada para o descumprimento total da obrigação, moratória para o caso de configuração de mora e dependerá de avaliação do caso concreto quando se tratar de cláusula penal relacionada à cláusula especial, podendo ser moratória ou compensatória:

Dessa forma, entende-se necessário classificar a cláusula penal em dois critérios distintos. O primeiro, quanto à forma do descumprimento obrigacional, sendo compensatória se estiver ligada à hipótese de inexecução completa da obrigação, e moratória se ligada à hipótese de mora.”; e “Entende-se que a cláusula penal fixada para o caso do descumprimento de uma cláusula especial pode ser ora compensatória, ora moratória, dependendo do seu conteúdo, não podendo ser enquadrada de antemão em uma ou outra modalidade, já que deve ser analisado o caso concreto. (CASSETTARI, 2017, p. 73 e 65)

Para fundamentar seu entendimento, Christiano Cassettari elenca o seguinte exemplo para o caso em que a cláusula especial será da espécie compensatória:

Para comprovar isso é necessário imaginar um contrato de compra e venda de grama sintética, que foi vendida para uma empresa sediada na Alemanha. Essa empresa instalaria a grama no estádio de futebol em que seria realizada a partida de abertura da Copa do Mundo de Futebol de 2006, o que descaracterizaria a relação de consumo nesse contrato, já que o comprador não seria destinatário final fático do produto. Na celebração do contrato, as partes combinaram que a entrega da grama seria feita no porto, momentos antes da partida do navio para a Alemanha, sob pena de pagamento de determinada cláusula penal. Se se considerar que a mercadoria somente poderia ser transportada por navio e o vendedor a entregar, na data apazada, na sede da empresa, que fica em outra cidade que não a portuária, isso certamente impedirá que o bem seja embarcado ao seu destino. Supondo que não exista outro navio que tenha saída posterior e que a grama não chegue à Alemanha a tempo de ser utilizada na referida partida, estaríamos diante de um inadimplemento absoluto, já que a mercadoria, entregue fora do local combinado, tornaria sua aquisição inútil ao credor, pois a empresa para quem ela foi revendida não teria interesse em recebê-la após a Copa do Mundo. Dessa forma, a cláusula penal, nesse caso, estaria ligada ao inadimplemento absoluto da obrigação, e o seu valor substituiria a obrigação

principal, o que demonstra sua natureza compensatória. (CASSETTARI, 2017, p. 66/67)

Contudo, no exemplo citado, a entrega do gramado em local diverso do pactuado se caracteriza como mora, uma vez que a mora não se configura apenas pelo cumprimento insatisfatório da obrigação relacionado a critério temporal, mas também envolve critérios de local e forma (esse é o conteúdo do art. 394 do CC). Outrossim, a mora só subsiste enquanto houver possibilidade e interesse de sua purgação, conforme dispõe o art. 395, parágrafo único, do CC.

A partir do momento em que o gramado não foi entregue a tempo de ser instalado para a “partida de abertura da Copa do Mundo de Futebol de 2006”, estaríamos diante de inexecução absoluta da obrigação, afastando-se a cláusula penal fixada, cuja espécie era moratória, e aplica-se eventual cláusula penal compensatória, ou, na sua ausência, cabe pleitear indenização por perdas e danos por meio de ação indenizatória.

Assim, por não vislumbrar cenário em que a cláusula especial não esteja vinculada a uma das faces do instituto da mora, me parece mais correto o entendimento majoritário de que são moratórias as cláusulas penais estipuladas para a mora ou inexecução de alguma cláusula especial, e seriam compensatórias as cláusulas penais estipuladas para a inexecução total da obrigação. Esse é o entendimento que será utilizado ao longo deste trabalho ao fazer referência às espécies da cláusula penal.

2.4 Funções

Avançando o assunto para as funções da cláusula penal, temos como corrente majoritária a de dupla função da cláusula penal: (i) função intimidatória (coercitiva), visando desincentivar o descumprimento contratual; e (ii) função de prévia fixação de perdas e danos (ressarcimento), visando assegurar indenização à parte prejudicada. Esse é o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Carlos Roberto Gonçalves, Flávio Tartuce, Sílvio de Salvo Venosa e Paulo Nader.

Já Paulo Lôbo e Christiano Cassettari elencam a tríplice função da cláusula penal para acrescentar a função de pena:

Dessa forma, entende-se que a cláusula penal possui tríplice função: de reforço, de prefixação à forfait das perdas e danos e de **pena**. (CASSETTARI, 2017, p. 61, grifo nosso)

A cláusula penal exerce tríplice função: a) de **pena convencional**; b) de compensação ou prefixação da indenização; c) de reforço ou garantia da obrigação. (LÔBO, 2019, p. 297, grifo nosso)

Pela ótica da tríplice função, a cláusula penal poderia ser simples pena, uma sanção para o caso de inadimplemento.

Nesse ponto, me parece mais correto o entendimento de tríplice função da cláusula penal, uma vez que em muitos casos apenas é possível se extrair a função de pena.

Para exemplificar: temos casos em que se estipula o pagamento de multa moratória de X% sobre o valor da obrigação se ela for cumprida após o termo final pactuado. Se o devedor quitar seu débito após um único dia do vencimento, não é possível se extrair a função de indenização, já que a obrigação foi cumprida com atraso mínimo; e sequer pode se afirmar que a cláusula penal preencheu sua função intimidatória, pois a prestação não foi paga a tempo, além de a função intimidatória se esvaziar após a configuração da mora, pois a pena seria a mesma ainda que o credor cumprisse a obrigação após o decurso de uma semana ou um mês, por exemplo.

Assim, eventual referência às funções da cláusula penal englobará o entendimento de tríplice função da cláusula penal.

Por fim, vale ressaltar que a maior parte da doutrina considera que apenas a cláusula penal compensatória tem a finalidade de compensar as perdas e danos (função indenizatória). Esse é o

entendimento, por exemplo, dos doutrinadores Carlos Roberto Gonçalves⁵, Flávio Tartuce⁶, Paulo Lôbo⁷ e Sílvio de Salvo Venosa⁸.

2.5 Incidência da cláusula penal

Uma vez preenchida a condição estipulada para a incidência da cláusula penal, temos dois tratamentos diferentes a serem aplicados, um para as cláusulas penais compensatórias e um para as cláusulas penais moratórias.

Em se tratando de cláusula penal compensatória, o credor poderá exigir o cumprimento da obrigação ou o valor da cláusula penal, ou seja, não poderá exigir cumulativamente a cláusula penal e o cumprimento da obrigação. Esse é o entendimento que se extrai do art. 410 do CC e é defendido por Álvaro Villaça Azevedo (2018), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019), Flávio Tartuce (2020), Christiano Cassettari (2017) e Paulo Nader (2020). Na melhor redação do Paulo Nader (2019, p. 508):

O art. 410 do Código Civil refere-se exclusivamente à hipótese de inadimplemento total, concedendo ao credor o direito de optar entre a aplicação da cláusula e o cumprimento da obrigação se esta puder, eficazmente, ser cumprida. Para a primeira fórmula o credor fica liberado de provar o *quid* e o *quantum*, ou seja, os prejuízos experimentados e o seu montante, não podendo

⁵ “A cláusula penal moratória está prevista nos casos em que há descumprimento parcial de uma obrigação ainda possível e útil. Como não contém previsão de compensação, permite que o credor exija cumulativamente o cumprimento do contrato, a execução da cláusula penal e eventual indenização por perdas e danos. A cláusula penal moratória está prevista nos casos em que há descumprimento parcial de uma obrigação ainda possível e útil. Como não contém previsão de compensação, permite que o credor exija cumulativamente o cumprimento do contrato, a execução da cláusula penal e eventual indenização por perdas e danos” (GONÇALVES, 2019, p. 446)

⁶ “Na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, apenas a multa compensatória tem a função de antecipar as perdas e danos. [...]” (TARTUCE, 2020, p. 268)

⁷ “A cláusula penal nas funções de pena e de garantia independe da ocorrência de dano, porque tem natureza sancionatória.” (LÔBO, 2019, p. 298)

⁸ “A cláusula penal compensatória constitui prefixação de perdas e danos. [...] Diferentemente opera a multa pela mora. Aqui, por sua natureza, a prestação sempre será útil para o credor. A multa atua como efeito intimidativo, a fim de que o devedor não atrase o cumprimento de sua avença. Se o fizer, pagará a prestação de forma mais onerosa. É claro, também, que mesmo na multa moratória, existe uma forma de compensação para o credor, em virtude de receber sua prestação tardiamente; no entanto, não é essa a natureza essencial da multa moratória.” (VENOSA, 2020, p. 407).

cumular o seu pedido com a exigência de pagamento da dívida. Em relação à cláusula penal, há uma presunção absoluta de prejuízo. [...]

Em contrapartida, Carlos Roberto Gonçalves e Sílvio de Salvo Venosa entendem que a cláusula penal poderia ser deixada de lado e, assim, o credor poderia partir para as vias judiciais a fim de pleitear as perdas e danos:

O dispositivo proíbe a cumulação de pedidos. A alternativa que se abre para o credor é: a) pleitear a pena compensatória, correspondente à fixação antecipada dos eventuais prejuízos; **ou b) postular o ressarcimento das perdas e danos, arcando com o ônus de provar o prejuízo;** ou, ainda, c) exigir o cumprimento da prestação. Não pode haver cumulação porque, em qualquer desses casos, o credor obtém integral ressarcimento, sem que ocorra o *bis in idem*. (GONÇALVES, 2019, p. 447, grifo nosso)

Na multa compensatória, a opção será do credor. **Se ele entender que seus prejuízos pelo inadimplemento foram mais vultosos que o valor da multa, partirá para a via das perdas e danos.** Se, por outro lado, entender que a multa lhe cobre os prejuízos, ou, ainda, se não deseja submeter-se a custosa e difícil prova de perdas e danos, optará pela cobrança da multa. (VENOSA, 2020, p. 407, grifo nosso)

Contudo, esse entendimento vai de encontro com o que diz a lei (art. 410 do CC), de modo a desvirtuar a finalidade da cláusula penal em evitar o ajuizamento de demandas pautadas no inadimplemento absoluto ou insatisfatório. Nas palavras do Paulo Nader (2019, p. 509):

Autores há que incluem, nas possibilidades de opção do credor, o pedido de *perdas e danos*. Neste sentido se manifestam os juristas Sílvio Rodrigues, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Carlos Roberto Gonçalves. Todavia, a lei não diz isto, quer expressa, quer implicitamente. Desde que as partes tenham optado, na celebração do contrato, pela cláusula penal, dispensaram, *ipso facto*, as perdas e danos.

Para finalizar o tratamento da cláusula penal compensatória, resta dizer que, por ter em seu cerne a função de prefixação de perdas e danos (função indenizatória), aplica-se o art. 416, parágrafo único, do CC, impedindo que a parte prejudicada recorra ao judiciário para exigir eventuais

prejuízos que não foram absorvidos pela cláusula penal, salvo se essa for uma possibilidade expressamente fixada no contrato.

Já no caso da cláusula penal moratória, o credor poderia exigir tanto a cláusula penal quanto o cumprimento da obrigação de forma cumulativa. Esse é o entendimento pacífico que se extrai do art. 411 do CC. O racional desse artigo foi muito bem elucidado por Álvaro Villaça Azevedo (2018, p. 211):

Entretanto, mostra esse professor que o absurdo existiria, se ficasse o devedor liberado de executar toda a obrigação principal, tão somente, por ter inadimplido uma de suas cláusulas, pois, isto sim, consistiria em premiar-se a “malícia” e a “má-fé”. E conclui, argumentando que não há exagero na cobrança simultânea do desempenho da obrigação principal e da multa pelo descumprimento de determinada cláusula do negócio, porque essa penalidade é restrita, costumando, por isso mesmo, ser de valor razoável.

No mais, como a cláusula penal moratória não tem a função de prefixação de perdas e danos (função indenizatória), sobre ela não incide o parágrafo único do art. 416 do CC, de modo que a parte prejudicada poderia recorrer ao judiciário para ser indenizada pelos prejuízos que não foram absorvidos pela cláusula penal. Nesse caso o valor da cláusula é integrado ao valor da indenização. Assim entendem Carlos Roberto Gonçalves⁹, Flávio Tartuce¹⁰ e Paulo Lôbo¹¹.

⁹ “A cláusula penal moratória está prevista nos casos em que há descumprimento parcial de uma obrigação ainda possível e útil. Como não contém previsão de compensação, permite que o credor exija cumulativamente o cumprimento do contrato, a execução da cláusula penal e eventual indenização por perdas e danos. Assim entendendo, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de cumulação de indenização por danos materiais com a cláusula penal, em processo no qual se discutia atraso na entrega de imóvel. Frisou a relatora, Min. Nancy Andrighi, que as cláusulas penais compensatórias se referem à inexecução total ou parcial da obrigação, com fixação prévia de valor por eventuais perdas e danos. Já as cláusulas moratórias não apresentam fixação prévia de ressarcimento e, portanto, permitem a cumulação com os lucros cessantes” (Gonçalves, 2019, p. 446)

¹⁰ “Na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, apenas a multa compensatória tem a função de antecipar as perdas e danos. Conforme se extrai de outro julgamento do Superior Tribunal de Justiça, ‘enquanto a cláusula penal compensatória funciona como prefixação das perdas e danos, a cláusula penal moratória, cominação contratual de uma multa para o caso de mora, serve apenas como punição pelo retardamento no cumprimento da obrigação. A cláusula penal moratória, portanto, não compensa o inadimplemento, nem substitui o adimplemento, não interferindo na responsabilidade civil correlata, que é decorrência natural da prática de ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Assim, não há óbice a que se exija a cláusula penal moratória juntamente com o valor referente aos lucros cessantes’ (STJ, REsp 1.355.554/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.12.2012, publicado no seu *Informativo* n. 513).” (Tartuce, 2020, p. 268)

¹¹ “A função de pena convencional pelo inadimplemento é exercida sem prejuízo da indenização por perdas e danos, porque o credor pode exigi-la sem qualquer alegação de prejuízo ou dano. [...] A cláusula penal com função primacial de garantia é, de regra, cumulativa com a indenização por perdas e danos, porque não é necessário que o credor

2.6 Limites e dever de redução da cláusula penal

O artigo 412 do CC estipula que a cláusula penal tem como limite o valor da obrigação principal, mas não especifica se esse limite se aplica à uma ou ambas as espécies de cláusula penal. A doutrina majoritária entende que esse limite se aplica à ambas as espécies de cláusula penal uma vez que o legislador não fez distinção quanto à sua aplicação.

O posicionamento minoritário de alguns doutrinadores como Flávio Tartuce (2020) e Christiano Cassettari (2017) é no sentido de que o mencionado limite seria direcionado para as cláusulas penais compensatórias e que as cláusulas penais moratórias estariam subordinadas ao limite de 10% do valor da dívida, por meio de aplicação dos arts. 8º e 9º da Lei da Usura (Lei Decreto-lei 22.626/1933), a fim de evitar abusividade da multa imposta.

Porém, Sílvio de Salvo Venosa nos ensina que esse posicionamento minoritário há tempos foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal:

O art. 9º do diploma acrescenta que o limite da cláusula penal, nos casos tratados pela lei, não pode ser superior a 10% do valor da dívida. A princípio se entendeu que a Lei de Usura revogara a matéria pertinente no Código Civil. **Não foi a tese vencedora, por fim.** Em primeiro lugar, porque a Lei de Usura ficou logo totalmente desmoralizada e perdeu a eficácia na prática. E também porque **o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que essa lei só atingia os contratos de mútuo** (cf. Sílvio Rodrigues, 1981a, v. 2:103). [...] (VENOSA, 2020, p. 417, grifo nosso)

Independentemente da espécie ou valor da cláusula penal, há possibilidade de sua redução. O artigo 413 do CC prevê o dever do magistrado em reduzir o valor fixado na cláusula penal nas seguintes hipóteses: (i) cumprimento parcial da obrigação; e/ou (ii) nítido excesso de penalidade.

alegue prejuízo. Contudo, se houver dano e for superior ao que se previu como cláusula penal, o credor terá de provar o prejuízo excedente. O valor global da indenização incluirá o do cláusula penal, ou seja, a pena não pode ser exigida fora do valor da indenização que vier a ser determinado judicialmente. Se a cláusula tiver a função de pena convencional significa que fica acrescida à execução da prestação ou à indenização pelas perdas e danos.” (Lôbo, 2019, p. 297/299)

Vale ressaltar que esse dispositivo elenca um “dever” do magistrado em reduzir o valor da penalidade nas hipóteses mencionadas acima, de modo que esse dispositivo é considerado de ordem pública, com aplicação *ex officio*:

Deve-se concluir que se trata de outra norma de ordem pública, cabendo a decisão de redução *ex officio* pelo magistrado, independentemente de arguição pela parte. Sendo norma de ordem pública, não cabe a sua exclusão por força de pacto ou contrato, visto que a autonomia privada encontra limitações nas normas cogentes de ordem pública. (TARTUCE, 2020, p. 271)

Inclusive, esse é o conteúdo do Enunciado n° 356 da IV Jornada de Direito Civil: “*nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício*”.

3 ARRAS

3.1 Conceito e natureza jurídica

As arras, também conhecidas como sinal, são estipuladas nos negócios jurídicos bilaterais para que uma parte dê à outra determinado valor para (i) confirmar e se vincular à determinada obrigação; e/ou (ii) prever o direito de arrependimento de qualquer das partes. Na melhor e mais didática conceituação formulada por Paulo Nader (2019, p. 517):

As arras constituem um pacto acessório, firmado em função de um contrato principal, pelo qual uma das partes entrega à outra algum bem, geralmente dinheiro, objetivando a confirmação da obrigação assumida ou para assegurar o direito de desistência. Consoante Henri de Page, a palavra arras, que provém do grego e com o significado de penhor, não pode ser dissociada da ideia de garantia. O sentido de segurança das arras advém do fato de que, ocorrendo o descumprimento da obrigação por parte de quem as entregou, este as perderá para o credor; se por parte de quem as recebeu, haverá a devolução em dobro. A segurança jurídica, dependendo do valor das arras e do vulto do negócio, poderá ser mais teórica do que real.

A natureza jurídica das arras também é de pacto acessório, por estar intrinsecamente vinculada a uma obrigação principal, além de ter natureza real, uma vez que depende de sua entrega à outra parte para ser configurada:

Como podemos perceber, as arras só se configuram com a entrega de um bem (dinheiro ou outra coisa), daí seu caráter real. Elas inexistem, sem a tradição. Sinal é, assim, uma mostra exterior de que o devedor vai cumprir a obrigação. Vejam, ainda, que as arras ajustam-se em um contrato principal, e não podem existir isoladamente, daí sua posição acessória. (AZEVEDO, 2018, p. 218)

Por aplicação do art. 417 do CC, as arras devem, sempre que possível, serem incorporadas no adimplemento da obrigação se forem do mesmo gênero, ou, ainda, devolvidas para quem as deu se a obrigação for cumprida e as arras forem de gênero distinto da obrigação.

3.2 Espécies, funções e incidência das arras

No entendimento pacífico da doutrina, as arras têm duas espécies: (i) arras confirmatórias; e (ii) arras penitenciais.

As arras confirmatórias são aquelas que são entregues para confirmar a vinculação das partes ao negócio jurídico e servem como princípio de indenização no caso de inexecução da obrigação, inclusive estas são as duas funções das arras confirmatórias¹².

Uma vez verificada a inexecução da obrigação, temos três cenários distintos com relação às arras confirmatórias: (i) as arras são retidas por quem as recebeu se a inexecução partiu de quem as deu; (ii) as arras são devolvidas para quem as deu somadas com o seu equivalente se a inexecução da obrigação partiu de quem as recebeu; ou (iii) apenas há a devolução simples das arras se a inexecução decorreu de culpa de ambas ou nenhuma das partes. Os dois primeiros cenários

¹² Alguns doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves (2019) e Flávio Tartuce (2020) acrescentam uma terceira função: função de começo/antecipação de pagamento. Isso é um reflexo da aplicação do artigo 417 do CC, pois arras que têm o mesmo gênero da obrigação devem ser incorporadas no adimplemento da obrigação principal.

decorrem da lei (artigo 418 do CC) e o terceiro cenário foi construído pela doutrina¹³ e jurisprudência.

Nesses dois primeiros cenários, a parte inocente (quem não deu causa à inexecução da obrigação) também poderia cumular a propositura de ação indenizatória para sanar eventuais prejuízos que não forem absorvidos pelo valor das arras, além de exigir o cumprimento da obrigação se esta ainda for possível e de seu interesse (inteligência do art. 419 do CC).

A parte inocente pode conformar-se apenas com ficar com o sinal dado pelo outro, ou com o equivalente, ou pode, ainda, “*pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima*”. Pode, também, “*exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização*” (art. 419). Observa-se que as arras representam o mínimo de indenização, e que pode ser pleiteada a reparação integral do prejuízo. [...] (GONÇALVES, 2019, p. 454)

Já as arras penitenciais são aquelas que são entregues para assegurar o direito de arrependimento das partes. As arras penitenciais são a espécie excepcional das arras e não podem ser presumidas; sua existência depende da inserção de cláusula de arrependimento no contrato ou que as partes expressamente definam as arras como penitenciais, assim, permitindo o direito de arrependimento das partes. Se esses requisitos não forem constatados, as arras serão da espécie confirmatória.¹⁴

¹³ “[...]. A jurisprudência estabeleceu algumas hipóteses em que a devolução do sinal deve ser *pura e simples*, e não em dobro: a) havendo acordo nesse sentido; b) havendo culpa de ambos os contratantes (inadimplência de ambos ou arrependimento recíproco); e c) se o cumprimento do contrato não se efetiva em razão do fortuito ou outro motivo estranho à vontade dos contratantes.” (GONÇALVES, 2019, p. 455) e “Na hipótese de credor e devedor concorrerem para a inexecução da obrigação, a solução é o retorno ao *status quo ante*, devolvendo o credor as arras recebidas. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: ‘Contrato. Rescisão. Culpa recíproca. Arras. Em tal caso, segundo o acórdão local, ‘*O desfazimento do negócio com o retorno à situação anterior pela devolução simples da quantia recebida é a solução a ser admitida como justa*. Em assim sendo, não se ofendeu o art. 1.095 (hoje, art. 420) do Código Civil. Agravo regimental improvido.’ (NADER, 2019, p. 522)

¹⁴ “c) as arras devem ser sempre expressas (não se admitindo arras tácitas). Todavia, como o direito de arrependimento, em contratos civis não consumeristas, é situação excepcional, todo o pagamento a título de arras será considerado, a priori, na modalidade confirmatória. **As arras penitenciais, para serem assim consideradas, devem sempre estar expressas como tais no contrato.**” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 384, grifo nosso) e “Como visto, nosso CC, sob a influência do CC alemão (BGB), acolheu as arras confirmatórias, como regra geral. **Assim, se nada dispuser o contrato, no sentido de demonstrar a existência das arras penitenciais, elas serão confirmatórias**, tanto que o mencionado art. 420 faculta às partes a contratação daquelas, reservando para si o direito de se arrependem [...]” (AZEVEDO, 2018, p. 218, grifo nosso)

Definido o que são as arras penitenciais, surge a dúvida: até quando as partes podem exercer o direito de arrependimento? Apesar de a maioria da doutrina não se atentar a esse ponto, Paulo Lôbo e Sílvio de Salvo Venosa ensinam que o direito de arrependimento assegurado pelas arras penitenciais não é atemporal, de modo que deve ser exercido antes do fim do prazo fixado pelas partes ou antes do início da execução da obrigação quando o prazo do direito de arrependimento não for pactuado:

O direito de arrependimento é exercido, por declaração receptícia de uma parte a outra, no tempo em que elas tenham estipulado no contrato; se não o fizeram, ao longo da execução do contrato. [...] Porém, o direito ao arrependimento não pode ser exercido pela parte que já deu início ao adimplemento que lhe compete, pois ou adimple ou se arrepende. (LÔBO, 2019, p. 291)

[...] Na verdade, o direito de arrependimento, ainda que expresso, se esvai quando já existe início de execução do contrato e se, pela natureza do negócio, não se entende presente o direito de retrato. [...] (VENOSA, 2020, p. 423)

Correto o posicionamento exposto acima, uma vez que evita que as partes fiquem reféns uma da outra até a completa execução da obrigação, dificulta a execução de manobras oportunistas e preza pelo equilíbrio de direitos e deveres entre as partes. Para exemplificar: contrato de compra e venda de imóvel na planta em que foram empregadas arras penitenciais, sem prazo determinado, e o comprador vinha cumprindo suas obrigações durante dois anos, mas que, devido ao aquecimento do mercado e valorização do imóvel, o vendedor decide alegar arrependimento a fim de rescindir o contrato e vender o imóvel a preço maior para terceiro.

Do exemplo acima, conclui-se que estender os efeitos das arras penitenciais até o fim do adimplemento contratual, colocaria uma das partes em situação mais vantajosa perante a outra a depender do desenrolar do futuro incerto das partes e situação político-econômica do país.

Por fim, cabe mencionar que as arras penitenciais têm a única função de pré-fixar perdas e danos decorrentes do arrependimento da outra parte. Ainda, a parte afetada pelo arrependimento não poderia recorrer ao judiciário para exigir indenização suplementar, uma vez que eventuais prejuízos deveriam ser previstos quando da definição do valor das arras. É o que se extrai do art. 420 do CC.

3.3 Limite das arras e possibilidade de redução

A lei não define nenhum limite ao valor das arras, mas é certo que seu valor deve ser inferior ao montante da obrigação, pois se alcançar o valor da obrigação, estaríamos diante de cumprimento integral da obrigação, desvirtuando a natureza e finalidade das arras (sejam elas confirmatórias ou penitenciais).

Independentemente do valor ou espécie das arras, certo é o entendimento firmado pela jurisprudência e propagado por Álvaro Villaça Azevedo (2018) e Flávio Tartuce¹⁵ no sentido de que as arras podem ter seu valor reduzido por aplicação analógica do art. 413 do CC, conforme bem pontuado pelo Enunciado n° 165 do CJF/ STJ¹⁶. Vale ressaltar que esse enunciado/posicionamento é ignorado por Carlos Roberto Gonçalves¹⁷, Sílvio de Salvo Venosa¹⁸ e Paulo Nader¹⁹.

4 (IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DAS ARRAS COM A CLÁUSULA PENAL

Pois bem, após a análise do instituto das arras e da cláusula penal torna-se viável traçar alguns paralelos entre os institutos para verificar a (im)possibilidade de sua cumulação. Para tanto, convém analisar cada hipótese de cumulação individualmente a fim de se prezar pela clareza e ampla compreensão de cada cenário.

¹⁵ "Acolhendo proposta do magistrado fluminense Guilherme Couto de Castro, na *III Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 165 do CJF/ STJ, cuja redação é a seguinte: 'em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais'. Está reconhecida, portanto, a *função social das arras*, o que também é indeclinável, conforme parte da doutrina vinha defendendo." (TARTUCE, 2020, p. 286)

¹⁶ "em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais"

¹⁷ "[...] a primeira [cláusula penal] pode ser reduzida pelo juiz, em caso de cumprimento parcial da obrigação ou de montante manifestamente excessivo, sendo que tal não ocorre com as arras [...]" (GONÇALVES, 2019, p. 449)

¹⁸ "Lembre-se, ainda, de que a cláusula penal pode ser reduzida pelo juiz (art. 413), o que não ocorre com o sinal." (VENOSA, 2020, p. 430)

¹⁹ "[...] o *quantum* da cláusula penal é passível de redução, desde que haja cumprimento parcial da obrigação ou se constate que o montante é flagrantemente excessivo, enquanto as arras não comportam diminuição de valor" (NADER, 2019, p. 504).

4.1 Cumulação de cláusula penal moratória com arras confirmatórias

Conforme já adiantado acima, a cláusula penal moratória seria aplicada para os casos de mora ou inexecução de alguma cláusula especial e as arras confirmatórias são aplicadas para o caso de inexecução da obrigação e possuem a função de confirmar o negócio jurídico e servir como princípio de indenização no caso de inexecução do contrato.

Também foi dito que a cláusula penal moratória não tem a finalidade de indenizar, motivo pelo qual ela pode ser exigida em conjunto com a execução do contrato se este ainda for útil e possível, além de se poder pleitear judicialmente o pagamento de indenização por perdas e danos. As arras confirmatórias, por sua vez, podem ser retidas por quem as recebeu ou devolvidas com o equivalente, dependendo de quem deu causa ao inadimplemento, além de poderem ser cumuladas com ação indenizatória para sanar eventuais prejuízos que não foram absorvidos pelo valor das arras, bem como a execução da obrigação se esta ainda for útil e possível (art. 419 do CC).

De antemão, é possível defender a cumulação dessas espécies sob a ótica contratual, pois as arras confirmatórias têm a função primária de confirmar a manifestação de vontade das partes para o cumprimento da obrigação pactuada (função ausente no caso da cláusula penal). Porém, verifica-se que essas espécies possuem as mesmas consequências. A diferença é que a cláusula penal precisa ser exigida do devedor ao passo em que as arras já foram prestadas e podem ser retidas no caso de o prejudicado ser quem as recebeu. Vejamos as consequências de sua cumulação em dois cenários distintos.

Em um primeiro cenário, no caso de a obrigação não ser útil ou possível, não há que se falar em aplicação da cláusula penal moratória, pois a mora só subsiste enquanto houver possibilidade de sua purgação (inteligência do parágrafo único do art. 395 do CC). Uma vez que a possibilidade de purgação da mora se esvai, estaríamos diante de inadimplemento absoluto da obrigação, de modo que apenas seria possível a incidência das arras confirmatórias e eventual propositura de ação indenizatória se o valor das arras não for suficiente para absorver todos os prejuízos sofridos pela parte inocente. Permitir a cumulação de ambas as penalidades nesse caso implicaria em *bis in idem*, pois ambas as penalidades teriam o mesmo fato gerador.

Contudo, há uma exceção com relação a esse primeiro cenário: poderia haver cumulação das penalidades tanto das arras confirmatórias quanto da cláusula penal moratória, desde que (i) a obrigação seja fracionável ou de trato sucessivo; (ii) haja adimplemento parcial da obrigação; e (iii) a cláusula moratória esteja vinculada à parte da obrigação que foi cumprida com mora, resguardando o credor o direito de exigir o valor da mora. Nesse caso, não haveria prejuízo às partes ou configuração de *bis in idem*, pois (i) o valor das arras seria reduzido por aplicação analógica do art. 413 do CC, haja vista o adimplemento parcial da obrigação, e serviria para absorver os prejuízos decorrentes da parte da obrigação que foi inadimplida; e (ii) o valor da cláusula penal moratória é justificado pelo atraso no pagamento da parte da obrigação que foi cumprida, mas não nos termos acordados contratualmente.

Em um segundo cenário, no caso de a obrigação ainda ser útil e possível, seria possível a aplicação de apenas um dos institutos. A cláusula penal moratória teria incidência se o ato ilícito foi previsto por ela, pois a conduta teria sido individualizada e especificada, afastando a função indenizatória das arras confirmatórias, sob risco de configurar *bis in idem*, já que estas têm aplicação genérica e englobaria o ato ilícito previsto pela cláusula penal moratória.

Já a função indenizatória das arras confirmatórias teria incidência apenas se a configuração da mora não foi prevista pela cláusula penal. Assim, possível a aplicação de sua função indenizatória, uma vez que abrange todos os casos de inadimplemento da obrigação (seja absoluto ou insatisfatório).

Ressalta-se que nesse segundo cenário é possível exigir o cumprimento da obrigação, além de recorrer ao Poder Judiciário para pleitear indenização por eventuais prejuízos que não foram absorvidos pelas arras confirmatórias ou cláusula penal moratória.

4.2 Cumulação de cláusula penal moratória com arras penitenciais

A cumulação entre a cláusula penal moratória com arras penitenciais é possível sob a perspectiva contratual, pois as arras penitenciais garantiriam o direito de arrependimento das partes no período pactuado por elas ou até o início do adimplemento e a cláusula penal moratória passaria a ter incidência a partir do momento em que se inicia o adimplemento, a fim de exercer suas funções intimidatória e de pena.

Justamente por essa disparidade de momentos de incidência é que se conclui que suas penalidades nunca seriam configuradas ao mesmo tempo, de modo que a aplicação de suas funções indenizatórias em conjunto é intrinsecamente incompatível com o conceito dessas espécies de arras e cláusula penal.

4.3 Cumulação de cláusula penal compensatória com arras confirmatórias

Nesse cenário, os institutos em muito se assemelham, pois partem do inadimplemento e visam indenizar as partes por eventuais prejuízos que possam ter sofrido. Inclusive, Christiano Cassettari conclui “que as arras confirmatórias, de início, possuem a função de indicar que a obrigação será cumprida, mas ocorrendo a inexecução contratual passam a ter função de cláusula penal, mesmo em se tratando de institutos distintos. [...]” (2017, p. 138)

Aqui, também é possível sua cumulação sob a ótica contratual, pois, independentemente da redação dessas cláusulas, as arras confirmatórias sempre terão a função especial de vincular as partes ao que foi pactuado. Mas a cumulação da função indenizatória desses institutos não é possível.

Uma vez que a aplicação das penalidades de ambos os institutos surge de uma mesma conduta, evidente que a aplicação de ambas em conjunto configuraria *bis in idem*. Inclusive, possibilitar sua cumulação permitiria a utilização das arras para burlar os limites de pactuação do valor da cláusula penal estipulados no art. 412 do CC, o que não pode ser admitido, sob risco de torná-lo letra morta da lei.

Assim, surge a dúvida: qual instituto deve se aplicar? Ressalta-se que a aplicação das arras implicaria que o prejudicado poderia recorrer ao judiciário para requerer indenização suplementar, conduta essa que só seria possível no caso de aplicação da cláusula penal se as partes tivessem expressamente convencionado nesse sentido, conforme determina o parágrafo único do art. 416 do CC.

A meu ver, o instituto a ser aplicado deveria ser o da cláusula penal, uma vez que esta é especialmente pactuada com o objetivo de pré-fixar as perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação, de modo que seu valor é aquele que as partes se contentariam em receber/pagar a título de indenização.

No caso das arras, a função indenizatória é secundária, sua principal função é vincular as partes à obrigação. Além disso, o valor das arras deve levar em consideração o montante que a parte contratante tem à disposição para pagar de uma única vez, pois as arras só são configuradas quando há sua entrega à outra parte (natureza real das arras). Desse modo, o valor das arras muitas vezes não seria suficiente para apaziguar a não execução da obrigação, razão pela qual é intrínseco desse instituto a possibilidade de se requerer indenização suplementar.

Além da cláusula penal melhor se adequar ao quanto uma parte se dispõe a pagar e a outra se demonstra satisfeita em receber a título de indenização, sua preferência tem por consequência reduzir as demandas indenizatórias por inadimplemento contratual, pois esta função seria exercida pela cláusula penal que, em regra, impossibilita a indenização suplementar.

Por fim, vale ressaltar que se o prejudicado for quem recebeu as arras, este pode compensar o valor da cláusula penal com o valor entregue a título de arras, pois estariam preenchidos os requisitos do art. 368 do CC, qual seja: a relação recíproca de credor e devedor.

4.4 Cumulação de cláusula penal compensatória com arras penitenciais

A possibilidade de cumulação da cláusula penal compensatória com arras penitenciais já é algo mais cinzento, pois a função indenizatória é o cerne de ambas essas modalidades. Portanto, há de se retomar o raciocínio pelo qual as partes optam por pactuar as arras penitenciais e a cláusula penal compensatória.

As arras penitenciais são firmadas para garantir o arrependimento das partes, ou seja, exercício de um direito (redação do art. 420 do CC), e a cláusula penal compensatória é pactuada para facilitar o recebimento de indenização no caso de inadimplemento da obrigação (redação dos arts. 409 e 410 do CC), ou seja, configuração de ato ilícito.

Ainda, o exercício do direito de arrependimento garantido pelas arras penitenciais deve ser realizado (i) antes do termo final do prazo estabelecido pelas partes; ou (ii) antes de se iniciar o adimplemento da obrigação quando não foi estabelecido prazo. Consequência lógica desse entendimento é que uma vez transcorrido o período em que se admite o exercício do direito de

arrependimento, estaríamos diante de verdadeiro inadimplemento do devedor, pois o direito de arrependimento não ocorre de maneira tácita.

Desse modo, verifica-se que não haveria qualquer incongruência jurídica na cumulação de cláusula penal compensatória com arras penitenciais sob o ponto de vista contratual, pois elas seriam aplicadas em momentos distintos: as arras penitenciais teriam vigência até se esvaír o direito de arrependimento das partes, momento em que passaria a ter vigência a cláusula penal compensatória.

É também por essa disparidade de momentos de incidência que é impossível a aplicação das penalidades de ambos esses institutos conjuntamente, pois nunca seriam configurados ao mesmo tempo.

No mais, espera-se que o valor dado a título de arras penitenciais seja inferior ao valor estipulado para o caso de configuração da cláusula penal compensatória justamente pelo fato de as arras penitenciais terem incidência pelo exercício de um direito (direito de arrependimento), ao passo em que a cláusula penal compensatória tem incidência pela constatação de inadimplemento do devedor (ato ilícito). Na melhor redação de Paulo Lôbo (2019, p. 291):

Nada mais é devido pelo arrependido, não sendo exigível qualquer outro tipo de indenização ou de indenização suplementar, porque não se caracteriza ato ilícito relativo nem mesmo inadimplemento, porque o arrependimento é exercício de direito. Por tal razão, distingue-se da cláusula penal, pois esta não admite arrependimento e é estipulada para os casos de infração contratual.

Ainda que ambas as modalidades tenham função indenizatória, é certo que os prejuízos decorrentes das arras penitenciais são reduzidos, pois as partes sabem que podem se arrepender, de modo a não gerar expectativas sobre o cumprimento da obrigação pactuada, e, assim, permitir que as partes administrem seus recursos e objetivos com esse cenário em mente. No caso da cláusula penal compensatória, presume-se que as partes estão investidas no cumprimento da obrigação, de modo que há verdadeira quebra de confiança entre elas quando a obrigação não é cumprida e, conseqüentemente, maiores prejuízos são constatados, pois este não era um cenário esperado pela parte prejudicada.

Portanto, apesar de as arras penitenciais e a cláusula penal compensatória terem função e consequências semelhantes, estas não se confundem e diferenciam-se quanto ao valor pré-fixado a título de indenização e quanto ao momento de incidência.

5 JURISPRUDÊNCIA

Vale também analisarmos como a cumulação das arras com cláusula penal é tratada pela jurisprudência. Para tanto, essa seção subdivide-se na análise dos acórdãos proferidos pelo STJ e pelo TJSP.

Os termos de pesquisa utilizados em ambos os tribunais foram a combinação das palavras-chave “arras” e “cláusula penal”, sendo que no TJSP os resultados foram filtrados pela ementa e extraídos do período de 01/01/2016 a 31/12/2020.

5.1 Posicionamento do STJ

Com relação ao STJ, foram obtidos 20 resultados, todos versando sobre contratos de compra e venda de imóveis, cujas espécies das arras e cláusula penal eram confirmatórias e compensatórias, respectivamente. Dos 20 resultados, 9 não se enquadram no escopo do presente trabalho, pois não discutiram a possibilidade de cumulação dos institutos. Dos 11 julgados restantes é possível extrair 3 posicionamentos. Vejamos.

O primeiro posicionamento é de que as arras confirmatórias apenas teriam a função de confirmar o negócio jurídico e servir de princípio de pagamento, ignorando a função indenizatória das arras confirmatórias. Em razão disso, as arras foram afastadas como fonte de indenização e aplicou-se apenas a cláusula penal. Importante mencionar que na maior parte desses julgados fez-se uso da Súmula nº 83 do STJ²⁰ para evitar que a discussão fosse aprofundada.

²⁰ “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Esse primeiro posicionamento ignora a função indenizatória das arras e sua fundamentação é superficial, em razão da utilização da Súmula nº 83 do STJ, e é, basicamente, justificada por meio de citação a julgados, sendo que a citação mais utilizada é a seguinte:

[...] 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 (AgInt no AgRg no REsp 1197860/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017).

O segundo posicionamento tem origem no REsp 1617652/DF, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que destrincha ambos os institutos, pontuando a função indenizatória das arras confirmatórias, e constrói o entendimento de que não seria possível sua cumulação, uma vez que ambos os institutos teriam incidência sobre um único fato gerador (inadimplemento), configurando *bis in idem*.

Nesse caso, a Ministra Nancy entendeu “[...] que **deve incidir exclusivamente a pena de perda das arras**, ou a sua devolução mais o equivalente, a depender da parte a quem se imputa a inexecução contratual.” (2017, p. 12), afastando a incidência da cláusula penal.

A justificativa para se aplicar as arras ao invés da cláusula penal consiste em privilegiar que a parte prejudicada tenha a oportunidade de comprovar prejuízos supervenientes e, conseqüentemente, ser indenizada por seu valor. Isso somente seria possível no caso de aplicação da cláusula penal se as partes tivessem expressamente convencionado a possibilidade de requerer indenização suplementar, nos termos do art. 416, parágrafo único, do CC. Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi (2017, p. 12/13):

Em uma consideração abstrata, adotar como regra a prevalência da cláusula penal poderia esvaziar o conteúdo normativo do mencionado dispositivo legal, especialmente em duas situações: a) quando a multa contratual resultasse em montante inferior ao sinal dado no início da contratação; b) quando a parte inocente pela inexecução comprovasse prejuízos superiores ao valor da cláusula

penal, pois neste instituto é vedada, a princípio, a exigência de indenização suplementar, a menos que haja expressa autorização contratual, de acordo com o disposto no art. 416, parágrafo único, do CC.

O terceiro e último posicionamento tem origem no REsp 1381652/SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que também destrincha ambos os institutos, reconhece a função indenizatória das arras e também conclui que não seria possível a cumulação dos institutos, sob risco de configurar *bis in idem*, pois ambos incidem sobre uma mesma conduta (inadimplemento). Além disso, acrescenta que permitir a cumulação dos institutos tornaria ineficaz o limite imposto ao valor da cláusula penal pelo art. 412 do CC.

No entanto, diverge do segundo posicionamento ao passo em que entende pela incidência da cláusula penal, afastando a incidência da função indenizatória das arras. Ainda, presta esclarecimentos de que o valor da cláusula penal poderia ser objeto de compensação com o valor da cláusula penal. Nas palavras do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (2014, p. 11/12):

A função de "efeito da resolução imputável e culposa" também é desempenhada pela cláusula penal compensatória. Então, se as partes pactuam, além das arras, uma cláusula penal compensatória, como na hipótese dos autos, surge o problema acerca de qual seria o efeito do inadimplemento da obrigação: a perda das arras, aplicação da multa compensatória, ou ambos os efeitos? A melhor solução para esse problema, a meu juízo, é atribuir exclusivamente à cláusula penal a função de "efeito da resolução imputável e culposa" da obrigação. Desse modo, no caso de resolução do contrato por inadimplemento incide apenas a cláusula penal, não sendo cabível a cumulação com a perda das arras.

Com o devido respeito aos demais posicionamento, aquele que me parece mais correto é o terceiro posicionamento, uma vez que leva em consideração todas as funções dos institutos e privilegia a incidência da cláusula penal em detrimento da aplicação das arras.

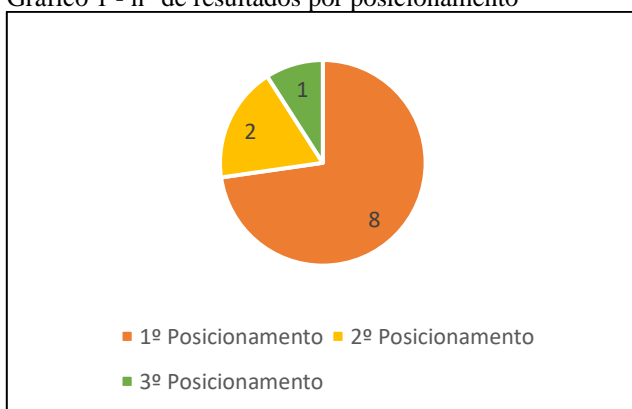
A preferência pela aplicação da cláusula penal, como dito anteriormente, se demonstra mais razoável, pois ela é especificamente pactuada pelas partes para prever um valor adequado a fim de suprimir eventuais prejuízos decorrentes do inadimplemento da obrigação, ao passo em que as arras, apesar de também terem função indenizatória, têm de levar em consideração o quanto que a

parte contratante pode despende de uma só vez, a fim de configurar o instituto das arras (natureza real das arras).

Assim, quando há cumulação de arras confirmatórias com cláusula penal compensatória, as arras se dedicariam à função exclusiva de confirmar o negócio jurídico, uma vez que a cláusula penal seria integralmente dedicada à função indenizatória.

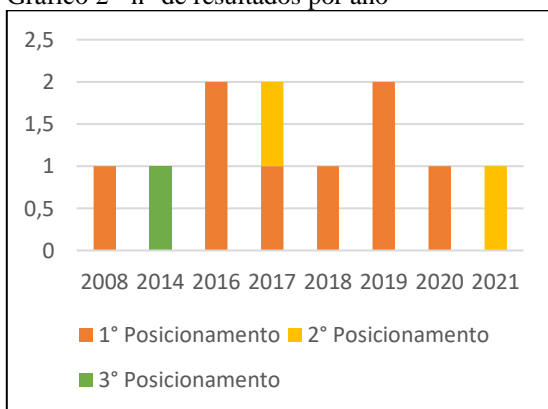
Abaixo foram elaborados dois gráficos que permitem verificar o número de julgados que compõem cada posicionamento e em quais anos eles foram proferidos:

Gráfico 1 - n° de resultados por posicionamento



Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2021)

Gráfico 2 - n° de resultados por ano



Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2021)

Conforme se extrai dos gráficos acima, o primeiro posicionamento é aquele que é mais replicado, mas ressalta-se que na maioria dos casos ele é utilizado como jurisprudência defensiva a fim de evitar a discussão de mérito da possibilidade de cumulação das arras com a cláusula penal.

Além disso, é possível verificar que o último posicionamento replicado pelo STJ foi aquele defendido pela Ministra Nancy Andrighi (segundo posicionamento).

5.2 Posicionamento do TJSP

Com relação ao TJSP temos uma maior seleção de acórdãos. Entre 2016 e 2020, foram obtidos 242 resultados, mas apenas 176 discutiram o objeto do presente trabalho. Vale mencionar que dos 176 acórdãos relevantes à pesquisa, apenas 4 (ou seja, 2,27% dos acórdãos) não versavam sobre contratos de compra e venda de imóveis. Pela análise dos acórdãos foi possível agrupá-los em 3 grupos.

O primeiro grupo é formado pelos acórdãos que permitiram tanto a incidência da cláusula penal quanto a incidência das arras. Dos 6 (seis) acórdãos que compõem esse grupo, 3 (três)²¹ permitiram tanto a aplicação da cláusula penal compensatória quanto a retenção das arras confirmatórias, pois foi expressamente pactuado no contrato que as arras se destinariam ao pagamento de taxa de corretagem. Dois acórdãos²² permitiram a cumulação das arras confirmatórias com a cláusula penal compensatória a fim de devidamente indenizar a parte prejudicada, pois nem as arras nem a cláusula penal, por si só, seriam suficientes para indenizar a parte prejudicada. O último acórdão²³ admitiu que a cumulação da cláusula penal compensatória com arras penitenciais configuraria *bis in idem*, mas, mesmo assim, permitiu a retenção das arras penais mais 20% dos valores pagos à parte prejudicada (o que havia sido pactuado no contrato como cláusula penal, porém, com percentual diferente).

O segundo grupo é composto pelos acórdãos que entenderam pela impossibilidade de cumulação das arras com a cláusula penal e deram preferência à incidência das arras em detrimento à cláusula penal. Dos 21 acórdãos que compõem esse grupo, 13 utilizaram das mesmas razões que o segundo

²¹ Apelação Cível 1055896-73.2016.8.26.0576, Relatora: Fernanda Gomes Camacho, 5ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 15/05/2018; Apelação Cível 1000873-45.2017.8.26.0306, Relator: Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 14/05/2020; e Apelação Cível 1001193-70.2018.8.26.0400, Relator: Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 12/03/2020.

²² Apelação Cível 1051133-29.2016.8.26.0576, Relator: Elcio Trujillo, 10ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 24/04/2018; e Apelação Cível 1005833-02.2015.8.26.0084, Relator: Augusto Rezende, 1ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 26/02/2018.

²³ Apelação Cível 1016254-96.2015.8.26.0554, Relatora: Marcia Dalla Déa Barone, 2ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 03/09/2019.

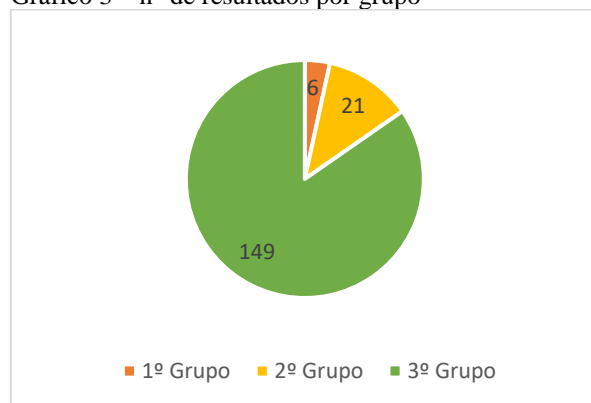
posicionamento do STJ, inclusive citando o voto da Ministra Nancy Andriahi já mencionado neste trabalho; 1 (um) acórdão aplicou somente as arras, pois estas eram penitenciais, o que impede indenização suplementar, assim, afastando o valor da cláusula penal; e os demais acórdãos citaram a impossibilidade de cumulação dos institutos, sob risco de incorrer em *bis in idem*, e a aplicação das arras confirmatórias se justificaria, porque já se demonstravam suficientes para indenizar a parte prejudicada.

O terceiro e último grupo é composto pelos acórdãos que entenderam pela impossibilidade de cumulação das arras com a cláusula penal e deram preferência à incidência da cláusula penal. As principais justificativas desse entendimento foram: (i) as arras só teriam a função de confirmar o negócio jurídico; (ii) as arras só teriam a função de princípio de pagamento; (iii) a cumulação das arras com a cláusula penal configuraria *bis in idem*; (iv) a cumulação das arras com a cláusula penal configuraria abuso de penalidade; e (v) a cumulação das arras com a cláusula penal configuraria enriquecimento ilícito do prejudicado. Essas justificativas foram aplicadas isolada ou cumulativamente.

Vale mencionar que a maior parte desses julgados ignorou a função indenizatória das arras e, mesmo aqueles que a levaram em consideração, não justificaram os motivos pelos quais a cláusula penal teria prevalência sobre o valor das arras.

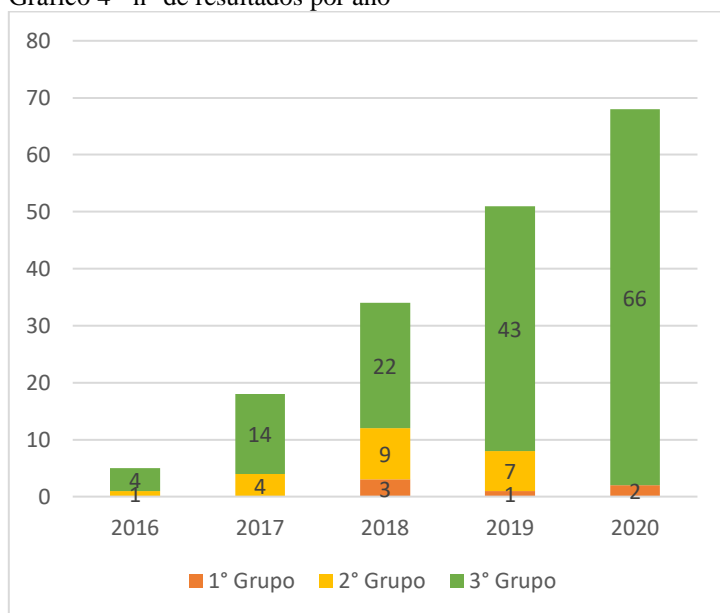
Abaixo foram elaborados dois gráficos que permitem verificar o número de julgados que compõem cada grupo e em quais anos eles foram proferidos:

Gráfico 3 – n° de resultados por grupo



Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2021)

Gráfico 4 - n° de resultados por ano



Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2021)

Pela leitura dos gráficos acima, conclui-se que, independentemente da fundamentação exarada, a posição majoritária do TJSP é de que as arras sejam afastadas para privilegiar a aplicação da cláusula penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise da doutrina foi possível verificar que a cláusula penal (seja moratória, seja compensatória) pode ser cumulada com as arras (sejam confirmatórias, sejam penitenciais) sob a ótica contratual, mas estas, em regra, não podem ter suas penalidades aplicadas cumulativamente.

A incidência da função indenizatória das arras penitenciais nunca seria configurada em conjunto com a cláusula penal compensatória ou moratória, pois as arras penitenciais apenas podem ser aplicadas até o momento em que se esgota o prazo para exercer o direito de arrependimento pactuado pelas partes ou se dá início ao adimplemento da obrigação. Somente com o fim da vigência das arras penitenciais é que se torna possível verificar a incidência de ambas as espécies da cláusula penal, uma vez que haveria início do adimplemento da obrigação.

Já a função indenizatória das arras confirmatórias, em regra, não pode ser aplicada em conjunto com as penalidades de qualquer espécie de cláusula penal, pois a incidência de ambos os institutos surgiria de uma mesma conduta, o que impede a cumulação das penalidades, sob risco de configurar *bis in idem*. No caso de cumulação das arras confirmatórias com a cláusula penal moratória, as arras confirmatórias só seriam aplicadas em decorrência de mora não prevista pela cláusula penal; e no caso de sua cumulação com a cláusula penal compensatória, somente haveria espaço para a aplicação da cláusula penal.

No mais, por meio da análise da jurisprudência do STJ e TJSP, foi possível concluir que o instituto das arras ainda não é totalmente dominado pelos magistrados, que em muitas ocasiões deixam de levar em consideração a função indenizatória das arras. Apesar da fundamentação superficial utilizada na maioria dos julgados analisados, o consenso desses tribunais é que não haveria possibilidade de cumulação das arras com a cláusula penal, privilegiando a aplicação da cláusula penal e afastando a função indenizatória das arras.

Outrossim, foi possível verificar que os debates sobre a cumulação das arras com cláusula penal perante o STJ são todos decorrentes de contratos de compra e venda de imóveis; e perante o TJSP esse tipo de contrato perfaz mais de 97% dos litígios. Desses dados pode se extrair duas possíveis conclusões: (i) há subutilização das arras em contratos que não sejam de compra e venda de imóveis; ou (ii) apenas os contratos de compra e venda de imóveis possuem desavenças quanto à aplicação dos institutos das arras e cláusula penal.

A falta de posicionamento da jurisprudência com relação à aplicação de ambos os institutos em contratos de outros tipos e naturezas é que torna legítima e útil a análise e aprofundamento dos estudos de cada um desses institutos a fim de melhor conhecê-los e permitir sua disseminação em contratos que não versem sobre compra e venda de imóveis, bem como prever suas consequências caso seja instaurado algum litígio.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil, v. 2: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1617652/DF (2016/0202087-2).

Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 de setembro de 2017. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602020872&dt_publicacao=29/09/2017>. Acesso em: 12 de abril de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1381652 /SP (2011/0255521-2).

Relatora: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 16 de outubro de 2014. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102555212&dt_publicacao=05/09/2014>. Acesso em: 12 de abril de 2021.

CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 2: teoria geral das obrigações**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil, v. 2: obrigações**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 2: obrigações**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v. 2: obrigações e responsabilidade civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.