

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NOS CONTRATOS

ROBERTO ROSAS

Professor das Universidades de Brasília e do Distrito
Federal; da Faculdade de Direito do Distrito Federal.

S U M Á R I O

- 1) A execução da obrigação de fazer
- 2) A natureza jurídica da promessa de venda
- 3) Cláusula penal e arrependimento
- 4) Arras e arrependimento
- 5) O arrependimento nos compromissos de imóveis loteados
- 6) O pagamento total e o arrependimento. Renúncia ao arrependimento
- 7) Cláusula leonina de arrependimento. Condição potestativa

I — EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

A obrigação de fazer tem execução específica, não chegando ao ponto de tolher a liberdade física do devedor (*nemo ad factum precise, potest*).

O não cumprimento da obrigação de fazer, segundo o art. 879 do Código Civil, comporta a resolução da obrigação quando a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor ou em perdas e danos por culpa do devedor. Como observa Clóvis, não significa que a obrigação de fazer seja alternativa, nem que o devedor possa impedir o prosseguimento da ação do credor, oferecendo pagar perdas e danos (1). Apenas na primeira parte do inciso legal obedece-se à parêmia "ad impossibilia nemo tenetur". O cumprimento da prestação não pode ser impossível, isto é, fisicamente impossível. Aliás, segundo o Direito Romano a impossibilidade é relativa ao objeto, como se depreende do fragmento do Digesto (2).

A execução da obrigação pode ser suprida por intermédio de terceiro, completando a prestação do fato, prometida pelo devedor (3).

Idêntico escólio tem apoio de Orosimbo Nonato ao afirmar a possibilidade da execução *in natura* através da sentença, valendo esta como declaração da parte inadimplente (4), encontrando o procedimento arrimo no Código Civil Italiano:

"Se colui ch'è obbligato a concludere un contratto, non adempie à obbligazione l'altra parte, quando sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produnda gli effetti del contratto non concluso".

O atual Projeto do Código de Obrigações (arts. 103 e 104) e o Anteprojeto de 1941 (art. 195) amparam tal disposição, substituindo-se a declaração de vontade na prestação da obrigação de fazer, pela sentença no caso de recusa. Assim, o Juiz substituindo a manifestação da vontade do devedor inadimplente, adjudica o imóvel compromissado no caso do Decreto-lei n.º 58, art. 16 e art. 346 do C.P.C. (5)

O devedor que recusar a prestação incorre em perdas e danos. A obrigação de fazer comporta execução *in natura*, execução específica individual quando recusada, incorrendo o devedor em perdas e danos (art. 880), não impedindo a execução direta como acentuou Orosimbo Nonato. (6)

2 — NATUREZA JURÍDICA DA PROMESSA DE VENDA

A corrente mais preponderante encaminha-se para a consideração da promessa de venda como obrigação de fazer, com arrimo no ensinamento de Ruggiero para quem o prestar de futuro o seu consentimento é uma ação estritamente pessoal e não diretamente coercível, de tal promessa nasce apenas um direito de crédito à conclusão do contrato e o não cumprimento da mesma levará sempre e apenas à indenização do “*id quod interest*” e não aos efeitos que teria produzido o contrato a estipular se, na realidade, tivesse sido feito. (7)

A execução específica da promessa de venda pode ser suprida pela sentença (Demogue, Gaudemet, Colmo, Salvat, Demolombe).

A propósito, Lafaille afirmou:

“En las obligaciones de hacer si el deudor no quisiere e no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a non ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este ultimo caso, el acreeder podrá pedir perjuicios e intereses”. (8)

Neste passo, o Código Civil Francês (art. 1142) é mais drástico que o nacional:

“*Toute l'obligation de faire ou de ne pas faire se resout en dommages et intérêts, en cas d'incexécution de la part du débiteur*”.

Para Hudelot não se concebe a execução forçada de uma obrigação de fazer ou não fazer sem violência ou constrangimento exercido diretamente sobre a pessoa do devedor. (9)

O escólio de Celso não encontra apoio nos doutrinadores modernos como Gaudemet que acentua ser a condenação direta, específica; não ocorrendo quando existir a impossibilidade material, implicando num atentado à incolumidade física do devedor, a execução direta predomina, quando o fato prometido pode ser executado por outra pessoa que não o devedor. (10)

A doutrina projetou-se sobre a legislação. O Código de Processo Civil assim se expressa (art. 1.005):

“Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o Juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação”.

3 — CLÁUSULA PENAL E ARREPENDIMENTO

A cláusula penal é estipulação em favor do credor, sendo uma promessa de pagamento futuro, considerando alguns acórdãos, arras como cláusula penal (Arquivo Judiciário 60/287). Por vezes, o arrependimento constitui multa penitencial e não cláusula penal (R.E. 57.347 — R.T.J. 40|557; R.F. 205|237).

Para Francisco Campos, nas obrigações com cláusula penal é lícito ao credor optar entre a execução da obrigação principal e a execução da cláusula penal, e ao devedor não é facultado exonerar-se da obrigação principal, mediante a oferta da quantia estipulada a título de cláusula penal. (R.F. 99/321).

Aliás, Clóvis em comentário ao art. 1.097 observa, se o que ocasiona a impossibilidade da prestação ou a rescisão do contrato é quem recebe as arras, não diz o Código o que acontecerá. Aplicar-se-á o princípio geral do art. 1.056; responderá o contraente por perdas e danos, e restituirá as arras recebidas. (17)

O Código Comercial (art. 218) dispõe ao revés do art. 1.095 do Código Civil. No sentido do Código brasileiro dispõe o francês, se a promessa de venda foi feita com arras:

“chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçus, en restituant le double” (art. 1.590).

Teixeira de Freitas inscreveu no Esbôço (art. 1.914) que o sinal não terá o efeito de facultar às partes o arrepende-se do contrato, exceto quando a cláusula de arrependimento tiver sido expressamente estipulada.

Como observa Sílvio Rodrigues, a lei exige que a reserva seja expressa e veda ao Magistrado perquirir na vontade das partes uma deliberação de conservarem uma faculdade de retrato, quando elas, podendo expressá-la, negligenciaram em fazê-lo. (18)

Cabe acentuar, a tendência moderna da acumulação das perdas e danos com arras, para obviar o enriquecimento sem causa do vendedor que poderá exercer a devolução em dôbro do sinal. (19)

Vários doutrinadores opõem-se à hipótese de acumulação das perdas e danos com a devolução do sinal em dôbro, sendo que Alvino Lima defende a possibilidade de acumulação. (20)

A Súmula 412 interpretando o art. 1.095 exclui indenização maior, a título de perdas e danos. Mas esta Súmula não se aplica, havendo cláusula expressa. (21)

5 — O ARREPENDIMENTO NOS COMPROMISSOS SÔBRE IMÓVEIS LOTEADOS

A Súmula 166 do S.T.F. considera inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-lei n.º 58/1.937, colocando-se dentro do espírito do citado diploma legal que foi baixado, considerando que o art. 1.088 do Código Civil deixava praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que tinham por exclusiva garantia a seriedade, boa-fé e a solvabilidade das empresas vendedoras.

A prática do exercício da faculdade de arrependimento era muito comum anteriormente a 1.937 com fito de especulação.

Não se admite o arrependimento nesses compromissos ainda que haja cláusula de arrependimento, principalmente quando o contratante descumpre o contrato. Adota-se o princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, inserto no art. 1.092 do Código Civil (R.E. 61.935. Rel. Min. Gonçalves de Oliveira. R.T.J. 47/495); R.E. 45.158 — Rel. p. ac. Min. Oswaldo Trigueiro — R.T.J. 41/355).

6 — O PAGAMENTO TOTAL E O ARREPENDIMENTO.

RENÚNCIA AO ARREPENDIMENTO

O Supremo Tribunal Federal já decidiu sôbre a impossibilidade do exercício da cláusula de arrependimento, ainda que estipulada, após o pagamento total do preço e antes da escritura definitiva (E.R.E. 61.692 — R.T.J. 47/822; R.E. 58.626; R.E. 62.654; R.E. 62.766; R.E. 62.754 — R.T.J. 43/701; R.E. 62.766 — Rel. Min. Thompson Flôres — D.J. 11-6-69. Anteriormente decidira o Tribunal de Justiça de São Paulo no mesmo sentido (R.T. 212/234).

Considera renúncia o recebimento total do preço, portanto não se exercitando a cláusula de arrependimento (R.E. 58.626 — R.T.J. 42/835; R.E. 60.134 — R.T.J. 44/656; E.R.E. 60.313 — R.T.J. 45/849; E.R.E. 13.704 — R.F. 132/102).

Serpa Lopes distingue com proficiência a renúncia do arrependimento (R.F. CXXXI, 354).

7 — CLAUSULA LEONINA DE ARREPENDIMENTO

A autonomia da vontade no contrato é manifestação assaz aplaudida pelos civilistas em face da livre estipulação conveniente às partes, ao adotarem determinado vínculo obrigacional. No entanto, a autonomia da vontade não é absoluta, o que levou Marcel Waline a observar a tendência restrita dessa vontade (22), fixando-se um limite impôsto pelo interesse público ou pela ordem pública, não contradizendo o interesse geral. Como ponderou Emílio Betti, o ordenamento jurídico antes de revestir o negócio com sua própria sanção, valoriza a função prática que caracteriza seu tipo e o trata consequentemente. (23)

Pergunta-se se o Juiz pode rever o contrato, vedando o arrependimento, embora estipulado, quando o exercício dêse direito representa uma injustiça e ocasiona um prejuízo.

Na prática, verificamos que a parte compradora é compelida ao sacrifício e até à imposição de determinada cláusula difícil e impossível de ser cumprida. É o mais fraco que sofre com a imposição.

O Supremo Tribunal Federal nos Embargos ao Recurso Extraordinário n.º 61.692 (R. T. J. 47/822) decidiu que a cláusula leonina de arrependimento não poderia ser cumprida. No caso, previa que a qualquer tempo antes da escritura definitiva o vendedor poderia arrepender-se devolvendo o sinal em dôbro. Darcy Bessone admite o *jus poenitendi* até o momento de assinatura da escritura pública, na falta de disposição estabelecendo prazo. (24)

- (1) Clóvis — Comentários, IV, 17.
- (2) "Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat et faciat, ne quod ex ea re damnum ita habeatur" (Dig. 42. 1, 13).
- (3) Lopes da Costa — "Condenação a prestar uma declaração de vontade especialmente em relação às promessas de contratar" R. F. 140; Washington de Barros Monteiro, Curso, IV, 105.
- (4) Orosimbo Nonato — Curso de Obrigações, I, 311.
- (5) Chiovenda — Instituições de Direito Processual Civil. 1, 205.
- (6) Revista Forense, 112/383; 110/452.
- (7) Ruggiero — Instituições de Direito Civil III, 276.
- (8) Obligaciones, I. 96; Colmo — Obligaciones, 52; art. 1007 C.P.C.
- (9) Des Obligations, n.º 225.
- (10) Gaudemet — Obligation — pág. 349.
- (11) Clóvis — Comentários IV, 208.
- (12) Sílvio Rodrigues — Das Arras — pág. 83.
- (13) Francisco Campos — R.F. 99?321; R.T. 151/192; R.F. 104/461.
- (14) R.F. 99.321; 104/461.
- (15) R.T. 187/218; 210/183.
- (16) Predomina a corrente oposta: R.T. 299/213; 219/218; R. F. 212/140; 201/187.
- (17) R.E. n.º 58.538 — R.T.J. 34/617.
- (18) Sílvio Rodrigues — Das Arras — pág. 89.
- (19) Idem — pág. 84.
- (20) Clóvis, Comentários ao art. 1.095; Carvalho de Mendonça — Doutrina e Prática das Obrigações — 2.º vol. n.º 661; Carvalho Santos — XV, 276; R.T. 114/402; 165/199; 170/714; 188/205; R.F. 112/379.
- (21) Súmula 412 — "No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dôbro, por quem a recebeu, exclui indenização maior, a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo". R.E. n.º 62.743 — Relator Min. Eloy da Rocha — R.T.J. 44/216.
- (22) Waline — L'Individualisme et le Droit — pág. 211.
- (23) Bettl — Teoria General del Negocio Jurídico — pág. 44.
- (24) Darcy Bessone — Da Compra e Venda. Promessa e Reserva de Domínio — pág. 196.