Contratos
Direito Civil e Empresarial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Franco, Vera Helena de Mello

Contratos no direito privado : direito civil e empresarial / Vera Helena de Mello Franco. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3519-2

1. Contratos (Direito civil) 2. Direito civil 3. Direito civil – Brasil 4. Direito empresarial Brasil I. Título.

09-08021 CDU-34:338.93:347(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos no direito privado : Direito civil e empresarial 34:338.93:347(81)

Vera Helena de Mello Franco

CONTRATOS
Direito Civil e Empresarial

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

empresarial, portanto, decorre do elemento técnico, consubstanciado na operação econômica que é o substrato dos contratos empresariais, aliada à intermediação, transformação e criação para o mercado – isso, usualmente, mediante produção em massa.

Esta particularidade da técnica econômica, peculiar aos atos e contratos decorrentes da atividade empresarial, é o que justifica, independentemente da unificação formal, a existência dos contratos empresariais como uma realidade com características próprias que autorizam se distingam seus contratos daqueles civis.

Tampouco a disciplina particular das relações de consumo afeta esta realidade, posto que o estabelecido no chamado Código do Consumidor (Lei 8.078/1990) tem seu âmbito limitado às relações de consumo, não podendo, como alerta um estudioso, "... ser dada interpretação extensiva ao que é definido como relação de consumo. A fixação do que é efetivamente uma relação de consumo contribui para que o operador do direito saiba a qual regime legal está sujeito".[1]

Tem-se, assim, uma tríplice disciplina para os contratos privados: aquela destinada a disciplinar os contratos civis; a que cuida das relações de consumo; e, finalmente, a particular dos contratos empresariais, que decorre da especificidade das relações de empresa, embora o Código Civil de 2002 não o distinga expressamente. Vale mencionar aqui a arguta observação do mesmo especialista, quando ressalta que "O NCC não distingue expressamente as categorias de contratos empresarias, mas pode-se extrair dos dispositivos do NCC que estes terão tratamento diferenciado em decorrência na natureza da atividade exercida pelo empresário e dos princípios basilares do direito comercial. Pode-se destacar como características destes contratos a sua celebração em larga escala, a profissionalidade das partes envolvidas, a utilização de contratos padronizados (entre eles os contratos de adesão) etc. Não se trata de afastar a aplicação dos princípios sobre os quais está erigido o NCC, mas se trata, sim, de afastar a aplicação do CDC aos contratos empresariais. É inconcebível caracterizar um empresário como hipossuficiente numa relação empresarial, pois se é empresário, exerce sua atividade profissionalmente e para tanto deve ter as condições e capacidades necessárias para o exercício desta atividade".[2]

Assim sendo, é sob este enfoque diferencial que se desenvolverá a análise dos diferentes contratos empresariais que partilham, simultaneamente, o âmbito obrigacional.

1. Renato Luis Bueloni Ferreira, Contratos empresariais: algumas considerações sobre sua autonomia. Disponível em: <http://blog.fmbadv.com.br/2007/09/24/contratos-empresariais-algumas-consideracoes-sobre-sua-autonomia/>.
2. Idem, ibidem.

1

A COMPRA E VENDA. NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS DA COMPRA E VENDA. A DISCIPLINA DA COMPRA E VENDA DE NATUREZA CIVIL E A COMPRA E VENDA EMPRESARIAL

Sumário: 1.1 A posição do direito brasileiro – 1.2 Qualificação – 1.3 Elementos: 1.3.1 O consentimento; 1.3.2 A coisa; 1.3.3 O preço – 1.4 Modalidades – 1.5 Mercados a termo e a futuro: 1.5.1 O mercado a termo em pontos; 1.5.2 O mercado a termo em dólar; 1.5.3 O mercado a termo flexível; 1.5.4 Contratos futuros – 1.6 No varejo e no atacado – 1.7 Simples, sob amostras, condicionadas e vendas complexas – 1.8 Vendas *ad corpus* e *ad mesuram* – 1.9 Despesas decorrentes e atribuição de riscos – 1.10 A entrega da coisa e os Incoterms – 1.11 Modalidades de entregas no antigo CCo – 1.12 Alteração na situação financeira ou econômica do devedor – 1.13 Situações particulares: 1.13.1 Venda por ascendente a descendente; 1.13.2 Pessoas impedidas; 1.13.3 Venda de parte em condomínio indivisível; 1.13.4 Venda entre cônjuges – 1.14 Obrigações do vendedor e do comprador: 1.14.1 Entregar a coisa no prazo e no modo combinado; 1.14.2 Fazer boa a coisa vendida; 1.14.3 Responder pelos riscos decorrentes da evicção; 1.14.4 Responder pelos vícios ocultos da coisa – 1.15 Compra e venda e venda empresarial e civil.

1.1 A posição do direito brasileiro

A norma do art. 481 do CC/2002, seguindo a tradição romanista, define a compra e venda como o contrato pelo qual alguém *se obriga* a transferir o domínio de uma coisa mediante o pagamento de certo preço em dinheiro, situação em que se aproxima do direito alemão, tal como deflui do disposto na norma do art. 433 do BGB (*Bürgeliches Gesetzt Buch*).[1]

Com este teor, atribui-lhe efeitos obrigacionais, embora admita que a *traditio* possa ser ficta.

1. "Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

A compra e venda no direito brasileiro por si só não transfere o domínio. O contrato gera apenas uma obrigação de dar (de transferir o domínio) que segue do adimplemento (pagamento do preço). Tal obrigação tem caráter pessoal, e não real. A transferência do domínio é uma conseqüência do contrato. No direito brasileiro, distingue-se sempre o acordo de vontades da sua execução.

Como argutamente observa Gorla, é "logicamente impossível que o ato, fonte da obrigação, cumpra simultaneamente a obrigação".[2]

Desta forma o contrato de compra e venda no direito brasileiro cria somente efeitos obrigacionais que são para o vendedor: transferir a coisa. Para o comprador: pagar o preço.

Esta orientação é distinta da que ocorre, por exemplo, no direito francês, no qual a compra e venda é translativa da propriedade, bastando o consentimento, independente da entrega da coisa, para aperfeiçoar o contrato. O comprador adquire a propriedade desde que exista acordo sobre o preço e sobre a coisa.

A entrega, neste caso, transfere apenas a posse, apartando o direito francês da tradição romanística.

Neste ponto, é necessário lembrar que a compra e venda real e obrigatória (a *mancipatio*) não era um contrato.

Como preleciona Gorla, a compra e venda no primitivo direito romano apresentava-se como "troca manual ou troca atual de dois atos translativos" que se esgotava naquele cambio atual. Assim, "o acordo que o antecede ou o acompanha tem mero valor de fato, isto é, reprodutivo da causa (ou melhor, da condição ou *ex lex*) de qualquer transferimento, a qual consiste no transferimento alheio. Daí a propriedade da coisa não se trespassa se não se pagou o preço".[3]

Orientação igualmente dessemelhante foi acatada no direito italiano, posto que ali, embora o contrato seja, da mesma forma que no direito romano, um momento logicamente distinto do ato translativo do adimplemento, a *traditio*, ainda que encarada abstratamente, é elemento do contrato.

Desta forma o ato translativo é espiritualizado a ponto de formar-se juntamente com o contrato. Isso não significa exista fusão entre a executoriedade do adimplemento e a obrigatoriedade do contrato. O que ocorre é que o ato translativo do adimplemento é praticado conjuntamente com o ato obrigatório.

Vale dizer: um só meio de declaração ou forma de vontade manifestada equivale a dois atos distintos de vontade, efetivando a obrigação de dar (em sentido técnico) ali consubstanciada. Isso vale, porém (sempre no direito italiano), somente quando a compra e venda tem um objeto determinado, posto que, quando subordinada a termo ou condição, os efeitos são obrigacionais.

2. Gino Gorla, *Teoria e prática da compra e venda*, p. 30.
3. Idem, p. 25 e 26.

Quanto à denominação, cumpre observar que nem todos os códigos acatam a designação bilateral. Assim, na França o contrato é designado pelo lado da venda, conforme o disposto no art. 1.582 do Código Civil dos franceses.[4]

No direito italiano, a orientação é idêntica, quando fala em *vendita*, no Livro Quarto (das obrigações), Título III, Capítulo I (*Della vendita*), art. 1.470.[5]

Já no Código Civil alemão, o contrato é visto pelo lado da compra *Kauf* conforme o disposto no art. 433 do BGB, citado acima.

De qualquer forma, a melhor orientação, conforme Carvalho de Mendonça,[6] é a nacional por melhor exprimir a natureza bilateral da compra e venda.

1.2 Qualificação

A compra e venda é contrato consensual, bilateral, sinalagmático, oneroso e, em principio, comutativo, dado possa ser, eventualmente, aleatório (*emptio spei*), engendrando efeitos obrigacionais na órbita jurídica.

É consensual, porque a par do contrato existir somente pelo consentimento das partes, tornando-se perfeito e acabado, não gera efeitos reais no direito brasileiro; mas somente obrigacionais. A compra e venda no direito brasileiro, enfatizamos, não produz efeitos reais. Dela decorrem apenas efeitos pessoais, gerando para o vendedor a obrigação de entregar a coisa e, para o comprador, a de pagar o preço. No direito brasileiro, a propriedade da coisa somente se transfere, quando bem móvel, pela tradição (art. 1.267 do CC/2002) e, quando imóvel, pelo registro do título de transferência no Registro de Imóveis (art. 1.245 do CC/2002).

Repetimos, agora com apoio em Carvalho de Mendonça:[7] "A venda não tem por fim transferir a propriedade e sim a posse. (...) Ela transfere efetivamente a propriedade por um de seus efeitos, isto é, porque o vendedor é proprietário da coisa vendida. A tradição neste contrato consiste na entrega da posse, porque o título da propriedade é o contrato mesmo, anterior à tradição. A transmissão da propriedade na venda é, pois, a transmissão da posse a título de dono e na

4. "La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé".
5. "La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo".
6. Carvalho de Mendonça, *Contratos no direito civil brasileiro*, t. 1, p. 312.
7. Idem, p. 314 e 315.

garantia que o comprador não será nela inquietado, ou que será defendido se for inquietado na sua posse".

Bilateral, porque implica prestações ou cria obrigações para cada uma das partes; é, assim, contrato oneroso, tendo em vista a utilidade que daí decorre para ambas.

Sinalagmático, porque a realização de uma das prestações tem sua causa na outra. Vale dizer, há dependência recíproca das obrigações pactuadas. É comutativo, porque ademais da equivalência *subjetiva*[8] entre as prestações, há a certeza de que a realização de uma importará na concretização da outra. Se há a possibilidade da falha de uma das prestações (que pode ou não ocorrer), como afirmamos acima, o contrato será aleatório.

Oneroso, já que transfere o direito à propriedade da coisa, mediante o correspectivo pagamento em dinheiro. A sua causa reside, como assinala Galgano, na troca entre um direito e uma soma em dinheiro, do que decorre dar lugar a uma dupla função econômica: de um lado, a circulação de bens, ou, mais genericamente, de direitos; do outro, a circulação do dinheiro.[9] Por tal fato, distingue-se da doação, a qual, igualmente, dá lugar à transferência de direitos; mas sem qualquer contraprestação em dinheiro.

1.3 Elementos

São seus elementos essenciais:

1.3.1 O consentimento

O consentimento (não viciado por erro, dolo, coação ou fraude), no direito brasileiro, em se tratando de venda pura (não submetida à cláusula ou condição), uma vez determinada a coisa objeto do contrato e o preço, basta para aperfeiçoar o contrato (art. 482 do CC/2002). A partir daí está vedado às partes se arrependerem, salvo a que uma delas não cumpra com o pactuado ou que exista cláusula resolutória (v.g., arras penitenciais). O domínio, em regra, somente se transfere com a tradição.

Falamos em regra, porque nas *vendas a crédito* o vendedor pode se reservar o direito de transferir o domínio futuramente, após o pagamento do total do preço, como ocorre nas vendas com reserva de domínio, embora transfira a

8. Conf. Orlando Gomes, *Contratos*, p. 222: não basta a equivalência subjetiva entre as prestações. É necessário que exista certeza quanto às prestações. I. é, que à prestação do vendedor corresponda aquela do comprador, sem que uma delas possa falhar – e esta correspondência deve ser efetiva, e não ficta ou irrisória.

9. Francesco Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. 1, p. 3.

posse "de pronto". Note-se que este consentimento pode decorrer, inclusive, do comportamento e, em determinadas circunstâncias, até do silêncio ou de uma "conducta expressiva ou negocial",[10] que resultam de atos inequívocos, conforme o significado social genericamente aceito, que manifestam a intenção de concluir o negócio. Assim, v.g., ocorre quando se ergue a mão num leilão, quando se entra numa condução coletiva ou quando se lida com máquinas automáticas (mediante a introdução da moeda na ranhura indicada).

1.3.2 A coisa

A coisa,[11] que pode ser certa ou incerta, presente ou futura, determinada de modo específico ou indicada por seu gênero (infungível), corpórea (móvel, imóvel ou semovente), incorpórea (ou imaterial), singular ou coletiva (ou universalidade), infungíveis, fungíveis e consumíveis.[12]

Dentre as incorpóreas, assinalamos os bens intangíveis, tais como as marcas, as invenções, os modelos de utilidade e ainda, como assinala a doutrina, *direitos*,[13] circunstâncias em que o negócio de alienação toma o nome de *cessão*.

A fim de afastar as erronias, comuns na *praxis*, cumpre lembrar que a fungibilidade decorre tanto da natureza como da destinação da coisa.

Coisas fungíveis por *natureza* são os bens móveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Vale dizer, como bem alerta Caio Mario da Silva Pereira,[14] os que são "suscetíveis de se caracterizarem pela quantidade, pelo peso ou pela medida – *numero, pondere, mesurave constant*". Coisas fungíveis por natureza são assim: o açúcar, o arroz, o feijão, o dinheiro ou coisas criadas em série sem traços distintivos entre si.

10. Cf. Federico de Castro y Bravo, El negocio jurídico, *Tratado practico y critico de derecho civil*, t. X.

11. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, vol. 1, p. 235, o conceito de *coisa* é mais amplo do que aquele de *bem*, o qual se apresenta como uma espécie do primeiro, reservado para designar "coisas materiais, concretas, úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis".

12. Idem, p. 249-257, principalmente p. 250, em que se esclarece que o fato de o CC/2002 não ter definido os bens infungíveis não significa tenha ignorado a sua existência, posto que "o novo Código adotou a orientação de só conceituar o indispensável, não fazendo alusão a noções meramente negativas, como as de bens infungíveis, inconsumíveis e indivisíveis".

13. Cf. Orlando Gomes, op. cit., p. 227-228.

14. Caio Mario da Silva Pereira, Introdução ao direito civil, *Instituições de direito civil*, vol. 1, p. 426.

A fungibilidade decorre, portanto, da circunstância do bem se caracterizar pelo gênero, qualidade e quantidade. I. é, sempre da possibilidade "de sua substituição por outra, respeitada a identidade de gênero, qualidade e quantidade".[15]

Tinha este teor, inclusive, a revogada norma do art. 207, I, CCo, ao estabelecer um tratamento diferenciado quanto à atribuição de riscos, para esta categoria de bens.

Confira-se: "art. 207. Correm, porém, a cargo do vendedor os danos que a coisa vendida sofrer antes da sua entrega: 1. quando não é objeto determinado por marcas ou sinais distintivos que a diferenciem entre outras da mesma natureza e espécie, com as quais possa achar-se confundida".

Sobre o ponto esclarecia Carvalho de Mendonça que, para que os riscos pudessem ser atribuídos ao comprador, era necessário que se cuidasse de coisa certa e determinada individualmente. Cuidando-se de coisas fungíveis, i. é, mercadorias designadas unicamente pela quantidade (peso ou medida) e ou qualidade, aplicar-se-ia a regra *genus numquam perit*. Esta a sua lição. E, conforme ela, corre o risco por conta do vendedor até a especificação da parte vendida.

Uma vez, porém, individuada e determinada a mercadoria, os riscos passam para o comprador se tiver sido colocado em mora para recebê-las.[16]

Já coisas infungíveis são aquelas que existem num único exemplar (v.g., uma obra de arte, uma manufatura criada por um artesão sob encomenda, um determinado terreno ou apartamento). Vale dizer, coisas que não podem ser substituídas por outras da mesma qualidade ou quantidade. Enquanto as primeiras são tomadas em consideração tendo em vista o peso, a medida ou a quantidade (*numero, pondere, mesura consistunt*), as segundas são determinadas tendo em vista a sua identidade (este determinado terreno, apartamento, esta obra exclusiva etc.).[17]

Mas a infungibilidade pode decorrer, também, da vontade ou da destinação.

Exemplo consagrado, inclusive legalmente, diz respeito às ações. Estas, por natureza, quando nominativas, são bens infungíveis, distinguíveis pela numeração de ordem, pela serie de emissão, valor e pela indicação de seu titular (ao par do que, ações representativas do controle não têm a mesma natureza que as que não incluem esse poder) etc. Todavia, a norma do art. 41 da Lei 6.404/1976

15. Idem, p. 429. No elenco, Francesco Galgano (op. cit., p. 336) inclui qualquer objeto produzido em série, como a cópia de um mesmo livro, a unidade equivalente de medida de uma mesma espécie de tecido etc.
16. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. 6, 2.ª parte, p. 109.
17. Francesco Galgano, op. cit., p. 336.

excepciona a regra, admitindo que, para o efeito de custódia, as ações sejam (literalmente) "recebidas em depósito como valores fungíveis". Isso porque, como se sabe, todas as ações, de mesma espécie e classe têm direitos iguais, daí ser indiferente, para o custodiante, que as ações que lhe sejam devolvidas sejam exatamente as mesmas entregues ou outras. Basta sejam da mesma espécie e classe, emitidas pela companhia e na mesma quantidade.

Ademais disso, a coisa deve existir efetivamente ou, pelo menos, vir a existir. Não se admite a venda de coisas inexistentes (presentes ou futuras).

Não posso vender loteamentos no céu (embora isso já tenha ocorrido).

Igualmente, a compra e venda não pode ter por objeto bens fora do comércio, quer em virtude de disposição legal: v.g., os bens públicos nas circunstâncias assinaladas no art. 100 do CC/2002, quer quando a inalienabilidade resulte da vontade, como pode ocorrer na doação, no testamento ou no legado em que se onera o bem, a ser atribuído ao beneficiário, com a cláusula de inalienabilidade.

Também não pode ser objeto do contrato a herança de pessoa viva, como a norma do art. 426 do CC/2002 estatui expressamente, já que se excluem, desde o direito romano, por imoral, os chamados *pacta corvina*. Todavia, se a sucessão já foi aberta, nada impede que o herdeiro ceda o seu direito, ainda que não tenha entrado em sua posse.

Quando a compra e venda tenha por objeto coisa futura (certa ou incerta), é necessário distinguir: Cuidando-se de coisa certa, trata-se de contrato submetido à condição suspensiva – a de que a coisa efetivamente venha a existir (*emptio rei speratae*). Tal a situação descrita na norma do art. 459 do CC/2002, situação em que o comprador pagará o preço apenas pela colheita efetivamente obtida. Outra é a situação quando se cuida de coisa incerta (*emptio spei*, cf. art. 458 do CC/2002). Neste caso, independente da efetiva existência da coisa, o preço será devido pelo comprador, salvo tenha atuado com dolo ou culpa.

De qualquer forma, a coisa deve ter existência possível posto que, se cuidar de coisa inexistente, o contrato será nulo pela impossibilidade do seu objeto.

Por final, o vendedor deve poder dispor da coisa, embora seja admissível a venda a *non domino* de coisa pertencente a terceiro, tal como assinalado na norma do art. 1.268 e §§ 1.º e 2.º do CC/2002. Neste caso, o vendedor assume a obrigação de adquirir a coisa vendida, circunstâncias em que a compra se convalida, desde que a aquisição se faça de boa fé.

Na doutrina discute-se se tal venda seria nula ou anulável, sustentando Carvalho de Mendonça[18] a segunda posição, no que é seguido por Caio Mario da Silva Pereira.[19]

Todavia, se o contrato não se perfaz, porque o vendedor não conseguiu adquirir a coisa vendida, serão duas as soluções: a) se o comprador ignorava o fato de o comprador não ser proprietário da coisa, o vendedor deve reembolsar ao comprador, ademais do preço pago, as perdas e danos incorridas; b) se o comprador tinha ciência de que o vendedor não tinha a disposição da coisa, só poderá reclamar o preço pago, resolvendo-se o contrato.

1.3.3 O preço

O preço deve ser certo (determinado ou a determinar) e é sempre *em dinheiro*, pois quando a contraprestação que se oferece se perfaz *in natura*, a modalidade é troca – e não compra e venda. O preço, como soma em dinheiro que o comprador se obriga a pagar, pode ser a vista, a crédito ou antecipado. Inclusive pode resultar, em determinadas circunstâncias, das condições do mercado (preços cotados) ou da fixação de um terceiro escolhido ou nomeado (árbitro), como expomos a seguir. Dissemos que o pagamento é sempre em dinheiro posto ser esta a nota conceitual básica que distingue a compra e venda da troca ou do escambo. Assim, enquanto na permuta a prestação de cada uma das partes pode variar, na compra e venda tem-se sempre uma prestação fixa: o pagamento do preço.

Todavia, uma vez aperfeiçoado o contrato e *fixado o preço em dinheiro*, o fato de o comprador oferecer *dar* uma *coisa em pagamento*, não desnatura o contrato transmudando-o em permuta.

Tem-se então uma *dação em pagamento*.

Qual a solução, porém, quando num contrato se estabelece que uma parte seja paga em dinheiro e a outra, em espécie (bens). Cuidar-se-ia de compra e venda ou de troca? A resposta decorre da proporção entre o que se pretende pagar em dinheiro ou em bens. Se o *quantum* em espécie cede à porção a ser prestada *in pecunia*, o contrato deve ser qualificado como troca. Se é o contrario, compra e venda.

A determinação do preço pode tanto resultar da vontade das partes, quando da de um terceiro (arbitrador), como dispõe a norma do art. 485 do CC/2002, ou, ainda, da cotação advinda do mercado para bens daquela natureza.[20]

Assim, quando o preço é determinável, as partes podem se sujeitar à sua determinação posterior, como ocorre com as negociações em Bolsa quanto àquele que resultar da cotação do dia (cf. art. 486 do CC/2002). Na hipótese prevista pela norma, vale a cotação do dia da entrega, ordenando-se caso a cotação varie

18. Carvalho de Mendonça, op. cit., p. 333.

19. Caio Mario da Silva Pereira, op. cit. p. 179 e 180. Confira-se: "A segunda ocorre quando a coisa não pertence ao vendedor, mas a terceiro. A compra e venda motiva a transmissão do domínio, e, como ninguém pode transferir a outrem direito de que não seja titular (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), o adquirente a *non domino* realiza um ato portador de defeito de origem. Em conseqüência, três correntes há sustentando a ineficácia do contrato. Para uns (Orozimbo Nonato) é ato inexistente em relação ao *verus dominus*. Para outros, é ato nulo em razão de faltar o pressuposto fático essencial, que é o direito do alienante à coisa. Neste sentido, aliás, é a doutrina na França, uma vez que ali o direito é expresso (Código Civil francês, artigo 1.599) neste sentido. 2.° Para outros, finalmente, o contrato é anulável, porque admite convalescimento. Na verdade, se o alienante estiver de boa-fé, e ulteriormente vier a adquirir a propriedade da coisa que vendeu, revalida-se a transferência, e retroage o efeito da tradição ao momento em que se efetuou (Código Civil, art. 1.268, § 1.°), por outro lado, a compra a *non domino*, desprovida embora de efeito translatício da propriedade, constitui título justo para operar o usucapião ordinário, quando aliada aos demais requisitos deste. Daí sustentarmos a anulabilidade do contrato. Não nos parece deva compadecer-se com os princípios a definição do defeito como nulidade, ainda com a ressalva feita por Carvalho de Mendonça de que subsistirá se o vendedor adquire a coisa antes da evicção, salvo se tratar de objetos furtados, porque este efeito mitigado não é o que decorre da nulidade do ato. Mas não nos parece igualmente se possa admitir que é possível a venda de coisa alheia, como se proclama no direito alemão e se concedia no direito romano. Os autores que o fazem em nosso direito incidem num desvio de perspectiva, confundindo a possibilidade do convalescimento com a validade do contrato. Este é originariamente ineficaz, porque parte da transmissão a outrem de um direito que o alienante não tem. Mas, se ocorre um fato jurídico diverso da compra a *non domino*, a venda convalesce ou revalida-se, passando de defeituosa e atacável a frutuosa e boa. Mas é preciso, para tal, que o fato novo tenha lugar (aquisição pelo alienante, ou usucapião)".

20. No Código Civil italiano, dentre as modalidades acatadas para determinar o preço, inclui-se aquele habitualmente praticado pelo vendedor. No mais, as hipóteses são idênticas àquelas acatadas no direito brasileiro. Conf. "art. 1474. Mancanza di determinazione espressa del prezzo. Se il contratto ha per oggetto cose che il venditore vende abitualmente e le parti non hanno determinato il prezzo, né hanno convenuto il modo di determinarlo, né esso è stabilito per atto della pubblica autorità, si presume che le parti abbiano voluto riferirsi al prezzo normalmente praticato dal venditore. Se si tratta di cose aventi un prezzo di borsa o di mercato, il prezzo si desume dai listini o dalle mercuriali del luogo in cui deve essere eseguita la consegna o da quelli della piazza più vicina. Qualora le parti abbiano inteso riferirsi al giusto prezzo, si applicano le disposizioni dei commi precedenti; e, quando non ricorrono i casi da essi previsti, il prezzo, in mancanza di accordo, è determinato da un terzo, nominato a norma del secondo comma dell'articolo precedente". O direito francês é mais suscinto, mencionando, somente a possibilidade de que a determinação do preço possa ser deixada a cargo de um terceiro. Cf. "article 1592 – Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente".

extraordinariamente no mesmo dia e local, seja este estabelecido pela média da variação.

Não é esse, todavia, o critério acatado quando o preço a ser pago é aquele do dia em que se conclui o contrato ou quando previamente estimado.

O preço, ademais de certo, determinado ou determinável, deve ser equivalente (proporcional), verdadeiro (real) e sério. Vale dizer, deve traduzir a intenção de que realmente seja a contraprestação a ser recebida em virtude da entrega daquela coisa.

Quando se estabelece que o preço ofertado seja *real*, significa que não pode ser fictício ou irrisório, devendo corresponder ao valor da coisa. Não se exige que a correspondência seja exata, admitindo-se que a equivalência possa ser *subjetiva*. Vale dizer: superior ou inferior ao valor real do bem mas a desproporção não pode chegar ao ponto de se considerar a entrega da coisa como mera liberalidade.

A mesma regra aplica-se quando a fixação do preço resulte de encomenda dada a terceiro. Nesse, caso o terceiro atuará como mandatário de ambas as partes e se o preço desatender às exigências de adequação à realidade, viciado foi o cumprimento do mandato, facultado ao prejudicado o direito de demandar a nulidade da estimativa levada a feito.

A eleição de árbitros, no estado atual da questão, deve cumprir as exigências a que faz menção a atual Lei 9.307, de 23.09.1996, sendo de bom alvitre, já por ocasião da cláusula compromissória, estabelecer a forma de instituir a arbitragem, indicando o tribunal de eleição.[21]

Por final, o Código Civil de 2002, na norma do seu art. 487, introduz a possibilidade (que é inovação) de que o preço possa ser fixado conforme determinados índices ou parâmetros, conforme estabelecido pelas autoridades oficiais e que estejam de acordo com o objeto do contrato.

Exceção à regra é o tabelamento, como argutamente preleciona Carlos Roberto Gonçalves.[22] Neste caso, afasta-se o poder dispositivo das partes que deverão se conformar ao estabelecido em lei.

A doutrina, como faz ver J. M. de Carvalho Santos,[23] dividia-se quanto à natureza da venda que assim se perfez, opinando o estudioso cuidar-se de venda submetida à condição suspensiva de modo que, uma vez feita a estimativa do preço, seus efeitos retroagiriam ao momento de celebração do contrato.

21. Sobre o ponto, v. Vera Helena de Mello Franco, *Convenção de arbitragem: cláusula compromissória estabelecida antes do advento da nova lei. Direito aplicável*, p. 149-153.
22. Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 200.
23. J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 16, p. 26-27.

Particularmente, todavia, penso que se as partes se reportaram ao índice oficial ou ao tabelado, concordaram em se submeter ao que adviesse da vontade da autoridade administrativa, circunstâncias em que se coloca a vontade desta, como fonte concorrente do regulamento contratual (integração contratual). A assim ser, o contrato está perfeito e acabado.

Circunstância diferente é quando se deixa a estimativa do preço ao arbítrio de terceiro, tendo em vista que se for tal irrisório ou ínfimo, pode ser recusado pelo comprador. Nesse caso, a estimativa surge como condição suspensiva, retroagindo até o momento da celebração do acordo.

Ausentes quaisquer indicativos, prevalecem as regras de mercado, como ordena a norma do art. 488 do CC/2002.

Qual, porém, o momento a que se deve dar guarida para fixar o preço estimado, quando exista variação entre a data do contrato e a da determinação do preço? Parece-nos, s.m.j, que em respeito à consensualidade e tendo e vista o fato da determinação retroagir à data do contrato, seja este o momento em que se deve valorar a coisa vendida.

Se ambas as partes residirem em território brasileiro, a moeda nacional é de rigor (art. 318 do CC/2002). A possibilidade de pagamento em moeda estrangeira somente é possível quando uma das partes resida no exterior (v. Dec.-lei 857, de 11.09.1969).

De qualquer forma, veda-se que a fixação do preço decorra exclusivamente da estimação de uma das partes. Sob o ponto, a norma do art. 489 do CC/2002 é peremptória, estabelecendo a nulidade do contrato se assim ocorre, posto cuidar-se de cláusula puramente potestativa.

No mais, como negócio jurídico, submete-se aos mesmos requisitos exigidos pelo Código Civil para o negócio jurídico lícito, tal como descrito na norma do art. 166 do CC/2002.

1.4 Modalidades

A compra e venda pode ser:

a) *a vista*: circunstâncias em que se tem o pagamento no ato da celebração do contrato ou com o recebimento da mercadoria;

b) *a prazo* (a crédito): situação em que se posterga o pagamento (total ou em parcelas) para depois do recebimento da coisa ou em que se protela a sua entrega para depois do recebimento parcelado do preço (*venda mediante pagamento antecipado*).

Nesta última modalidade, como enuncia Carlos Alberto Bittar,[24] "a pessoa paga o preço da mercadoria pretendida em parcelas mensais, recebendo-a apenas a final, mas podendo, conforme o caso, ganhar prêmios, ou ter antecipada a entrega, em sorteio realizado periodicamente". É o que ocorre com os consórcios para a aquisição de bens diversos, ou aquelas que se concretiza mediante a emissão de carnês, para a aquisição de bens a final, com ou sem a distribuição de prêmios.

1.5 Mercados a termo e a futuro

Das vendas a prazo devem ser distinguidos os *contratos a termo*[25] *e futuros*, modalidades típicas dos contratos negociados em Bolsa. Nas compras a termo, o contrato tem sua liquidação física (entrega do ativo financeiro negociado) e financeira (pagamento do preço) dentro de um prazo previamente fixado pelas partes, dentre aqueles autorizados pela Bolsa, em cujo recinto tem lugar a negociação.

24. Carlos Alberto Bittar, *Contratos comerciais*, Forense Universitária, 3. ed. 2003, p. 29.

25. "O contrato a termo é um dos derivativos mais simples. Ele, basicamente, representa um acordo para a compra ou venda de certa quantidade de um ativo em um momento determinado no futuro a um preço fixado quando do fechamento do acordo. O contrato a termo pode ser negociado mediante um contrato particular, não necessitando de uma Bolsa de futuros. Outra característica tradicional do contrato a termo é que as diferenças de preço são ajustadas no vencimento e não diariamente, como no caso dos contratos futuros. Porém, várias destas características foram alteradas, como no mercado a termo da Bovespa, por exemplo, de forma que a descrição abaixo se refere aos contratos em seu formato original, sem possíveis alterações realizadas em mercados específicos.

"Posição comprada e posição vendida.

"A parte que se propõe a comprar o ativo no futuro a um preço determinado assume uma posição comprada, enquanto a outra parte passa, por outro lado, a assumir uma posição vendida. O preço determinado, por sua vez, é chamado preço de entrega, ou *delivery price*, em inglês. No momento do fechamento do contrato, o preço a termo equivale ao preço de entrega, de forma que o valor do contrato é zero. No entanto, este valor varia ao longo do tempo, já que, embora o preço de entrega seja fixo, o preço a termo varia de acordo com as condições de mercado, abrindo um diferencial de preços (...).

"Características básicas

"Quatro características são básicas de um contrato a termo. Em primeiro lugar, como mencionado anteriormente, ele pode ser negociado mediante um contrato particular, não necessitando de Bolsa para transação. Além disso, o contrato não precisa ser padronizado. Além disso, a data de entrega é fixada no contrato, enquanto, por fim, as diferenças de preço são ajustas na data de vencimento. Porém, nem todos os mercados a termo funcionam com estas características, misturando, muitas vezes, algumas características que se referem aos mercados futuros" (Disponível em: <http://www.igf.com.br>).

Vale dizer, as duas prestações (entrega e pagamento) ocorrem no termo aprazado. Tem-se, v.g., a compra ou a venda de determinada quantidade de ações, por um preço predeterminado, para liquidação em um prazo, escolhido pelas partes, dentre aqueles apresentados pela Bolsa, a contar da data da operação no pregão.[26] Se, por exemplo, as ações, objeto do contrato sobem, o comprador terá um *surplus* (valor resultante da cotação, acrescido dos juros decorrentes do prazo contratado) que poderá realizar, vendendo as ações adquiridas pelo novo preço.

A negociação, *in casu*, quando na Bolsa, sempre necessita a intervenção de uma sociedade corretora e é acompanhada de garantias prestadas (cobertura ou margens), tanto perante a sociedade corretora, quanto perante a CBLC (Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia).

A cobertura é representada por títulos ou valores que são depositados perante CBLC e dispensa o investidor da prestação de mais garantias. Já a margem, corresponde à diferença obtida entre o preço à vista e o preço a termo destes valores mobiliários e mais o que resultar da diferença entre o preço à vista destes ativos financeiros e o preço mínimo previsível a ser alcançado no próximo pregão.

Além desta margem inicial, tem-se uma margem adicional (de ajustamento) que deve ser prestada sempre que varie o preço do ativo negociado, com redução no valor da garantia prestada, situação em que a garantia inicial ou a cobertura prestada deve ser reforçada.

A prática de mercado apresenta as seguintes variações nas compra e venda a termo:

1.5.1 O mercado a termo em pontos

"O termo em pontos representa a compra ou a venda de certa quantidade de ações a um preço preestabelecido, para liquidação em prazo determinado a contar da data de sua realização".[27] Difere do mercado a termo pelos seguintes aspectos:

"O preço contratado entre as partes é convertido para pontos e ajustado de acordo com o indicador estabelecido entre as partes, que pode ser escolhido entre os autorizados pela Bovespa; tem negociação secundária; somente pode ser negociado em lote padrão (o mesmo adotado nas negociações a vista com o papel) e seus múltiplos; os direitos a recebimento de dividendo, bonificação

26. Sobre o tema, v. *Como investir no mercado a termo*. Disponível em: <http://www.bovespa.com.br/pdf/termo.pdf>.

27. Idem, ibidem.

em dinheiro ou qualquer outro provento em dinheiro e à subscrição de valores mobiliários não alterarão o respectivo preço do contrato. Contudo, o vendedor repassará o valor equivalente ao provento devido em dinheiro, na data da efetiva distribuição; no caso de bonificações em ações, grupamentos ou desdobramentos, a quantidade de ações contratadas será ajustada proporcionalmente, mantendo-se inalterado o compromisso financeiro original.

Com exceção do descrito acima, as demais características e procedimentos do termo em pontos são idênticas às adotadas no termo tradicional".[28]

1.5.2 O mercado a termo em dólar

A diferença aqui está no fato de que o preço contratado em reais terá por referencia a taxa de câmbio de reais por dólar norte-americano.

O critério é a taxa de câmbio veiculada pelo Bacen do dia de registro da operação, de molde a determinar a quantidade de dólares referente ao contrato.

No pedido de liquidação, será adotada a taxa de câmbio do dia acordado para a liquidação do contrato, ainda quando esta seja antecipada ou que se liquide a operação pela diferença. Quando os contratos são liquidados no vencimento, a taxa de câmbio utilizada á aquela do dia anterior à liquidação.[29]

1.5.3 O mercado a termo flexível

Nesta hipótese, o comprador pode substituir as ações-objeto do contrato, circunstância em que vende a vista as ações adquiridas a termo. O produto obtido com a venda ficará retido na CBLC sem remuneração e somente poderá ser utilizado para adquirir ações de outras empresas – e isso no mercado a vista. Essas ações ficarão depositadas na CBLC em substituição às anteriores, tornando-se as "novas ações-objeto do contrato".[30]

1.5.4 Contratos futuros

Nestes, grosso modo, no que diz respeito ao prazo, fixa-se *ab initio* o preço do ativo negociado, o qual terá vencimento numa data futura, previamente especificada, dentre aquelas autorizadas pela Bolsa. Sobre o tema, permitimo-nos repetir o que já dissemos em outro trabalho nosso,[31] como segue: "Marcos Paulo

28. Idem, ibidem.
29. Sobre o ponto, v. *Especificação do contrato a termo referenciado em dólar*. Disponível em: <http://www.bovespa.com.br/Mercado/RendaVariavel/Mercados/ATermoDolar.asp>.
30. V. *Manual de procedimentos operacionais da Bolsa de Valores de São Paulo*. Disponível em: <http://www.bovespa.com.br/pdf/cap_09_do_mercado_termo.pdf>.
31. Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, *Direito empresarial*, vol. 2, p. 144-145.

de Almeida Salles[32] visualiza o contrato futuro como originado do contrato de escambo para entrega futura, dotado, todavia de características peculiares ao modo da execução diferida. Em seu cerne, situa a transferência ou limitação do risco decorrente da variação no preço atribuindo-lhes como praça de negociação e execução as Bolsas, com preferência para aquelas de futuros embora admita possam ser desenvolvidos e utilizados naquelas de valores.

"Todavia na sua gênese mais imediata, invoca o contrato de compra e venda a termo".[33]

Na realidade, o contrato futuro nada mais é do que uma compra e venda para execução em data futura, previamente determinada, diferindo dois negócios a termo porque, celebrados em bolsa de futuros, contempla-se mecanismo de saída antecipada tanto da posição comprada quanto da vendida.

Esta afirmação tão singela, todavia, esconde uma realidade complexa representada pelas práticas de negociação, ajustes diários, margens, a existência das câmaras de compensação, a despersonalização e a regulação específica destes contratos.

Esses são contratos atípicos,[34] regulamentados,[35] padronizados (uniformes),[36] integrados (no sentido que comportam a inserção automática de cláusulas, decorrentes da regulação existente), de adesão (significando que as partes se submetem às condições gerais predispostas pela Bolsa de que decorrem a padronização), nos quais se obrigam a entregar ou receber um determinado ativo (coisa fungível do ponto de vista jurídico), numa data futura por um preço prefixado. São contratos celebrados com a intenção de minimizar – ou pelo menos deles salvaguardar parte – dos riscos decorrentes da flutuação de preços

32. Marcos Paulo de Almeida Salles, *O contrato futuro*, São Paulo, Cultura Editores Associados, 2000, p. 54-55.
33. Idem, p. 57.
34. Cf. Rachel Sztajn (op. cit., p. 166) define tais contratos como operações socialmente tipificadas, o que não equivale a dizer que a lei lhes tenha definido o tipo legal, como fez com os contratos tradicionais.
35. V. entre outras, para acompanhar a evolução, Inst. CVM 14/1980; 18/1981; 21/1982; 23/1982; 24/1982; 25/1982; 36/1983; 44/1985; 77/1988; 120/1990; 139/1991; 154/1991; 180/1992; 183/1992; 214/1994; 221/1994; 262/1997; 271/1998 e 283/1998 (a qual revogou as anteriores).
36. V. Marcos Paulo de Almeida Sales, op. cit., p. 72, reportando-se a Felix Schouchana (*Mercado futuros e de opções agropecuárias*), nos termos seguintes: "O contrato futuro deve ser bem desenhado, porque, nesse mercado, todos devem estar cientes das cláusulas do contrato que se deseja negociar no pregão. O contrato padroniza todo o restante, ou seja, a mercadoria ou ativo, a cotação, a unidade de negociação, os meses de vencimento, o ponto de formação de preço e entrega, as condições de liquidação física e financeira, os ativos aceitos como a margem de garantias e os custos operacionais da Bolsa".

do bem subjacente. O objeto do contrato é, portanto, a transferência de risco de variação de preço de qualquer ativo.

Na modalidade, as partes não estão relacionadas entre si, diretamente, mas, sim, a uma câmara de compensação (*clearing house*), à qual incumbe a liquidação dos negócios pactuados mediante um sistema de compensação, o que vale dizer que a circulação das posições contratuais é escritural.

Estas negociações são possíveis em razão do sistema de garantias que as Bolsas de futuros impõem de forma a minimizar as hipóteses de inadimplemento. A par da garantia o sistema prevê que cada variação do preço seja ajustada mediante o pagamento/recebimento da margem (diferença entre o preço ajustado e o praticado no dia) com o que diariamente, se ajustam a garantia inicial para as posições compradas ou vendidas. Os "ajustes diários de ganhos ou perdas são creditados ou debitados aos titulares de posições contratuais".

1.6 No varejo e no atacado

Estas são tipicamente empresariais, distinguindo-se, na medida em que, enquanto as *vendas no varejo* são aquelas realizadas entre o empresário e seu público, nas *vendas no atacado*, as mercadorias são compradas em grande quantidade, por preço inferior àquele que corresponderia às unidades vendidas isoladamente e realizam-se, em regra, entre empresários, para que o comprador, posteriormente, coloque-a no mercado, aferindo o lucro que decorre da sua intermediação.

1.7 Simples, sob amostras, condicionadas e vendas complexas

Simples ou puras são as compra e vendas que não estão submetidas a nenhuma condição ou vinculadas a pactos especiais; *condicionados* (v.g., a venda a contento), como o próprio nome diz, são aquelas cuja eficácia (efeitos) está submetida ao advento de uma condição (evento futuro e incerto) para que possam começar a fluir (condição suspensiva) ou para que cessem a partir do seu advento. *Complexas* são aquelas vendas que, na sua execução, desdobram-se em outros contratos, parciais, cuja existência depende daquela do contrato original, assim como o *contrato de fornecimento* e *aquele de assinatura*.

1.8 Vendas *ad corpus* e *ad mesuram*

Em se cuidando de venda de terras há que se distinguir se a venda é realizada em função da área de terras vendida ou se o terreno advém delimitado, apresentando descritas suas confrontações, como coisa certa e determinada. No primeiro caso se a mensuração não corresponde à área vendida, o comprador tem o direito a pleitear a complementação da área mediante a *actio ex empto*.

Sendo isso impossível, pode ou resolver o contrato (*actio redhibitoria*) ou aceitar a coisa, mediante um abatimento do preço (*actio aestimatoria*), como decorre claramente do disposto na norma do art. 500 do CC/2002. É claro que se a mensuração resultar a maior, o comprador deverá devolver o preço ou o que exceder das terras adquiridas (art. 500, § 2.°, CC/2002).

Não basta, porém, a diferença para menos. Esta, segundo a lei, deve corresponder a mais de vinte por cento da área prometida e o comprador deve demonstrar que, se soubesse disso, não a teria adquirido (art. 500, § 1.°, CC/2002).

De qualquer forma, se a venda foi realizada em hasta pública, nenhum direito assiste ao comprador.[37]

Já na venda *ad corpus*, nada pode reclamar (art. 500, § 3.°, CC/2002). O prazo para tanto é de um ano, a contar do registro do título – e é de decadência (art. 501 do CC/2002), salvo se ocorrer atraso na imissão de posse pelo comprador, circunstâncias em que o prazo começará a fluir a partir da posse (art. 501, parágrafo único).

1.9 Despesas decorrentes e atribuição de riscos

Em regra, na prática comercial, as despesas de medição e contagem correm por conta do vendedor e aquelas para receber e transportar a coisa vendida, por conta do comprador, quando se considera como local da entrega aquele do estabelecimento do vendedor (arts. 493 e 494 do CC/2002), salvo que se ajuste coisa diferente. É o que se tem, por exemplo, quando a tradição se perfaz em momento posterior, como ocorre, v.g., quando a mercadoria é vendida sob cláusula CIF (*cost, insurance and freight*) porto de destino, ou FOB (*free on board*), C&F (*cost and freight*) e outras que veremos a seguir, todas acatadas na prática internacional para o transporte de mercadorias e agasalhadas nos *Incoterms* (*international commercial terms*), publicados pela primeira vez em 1936 pela Câmara de Comércio Internacional (*International Chamber of Commerce*), a qual compilou num texto único as cláusulas usuais, utilizadas no comércio internacional, fornecendo regras para a sua interpretação.[38] Desde então, é utilizado largamente no comércio internacional e sua aplicação é importante para disci-

37. Caio Mario da Silva Pereira, op. cit., p. 193.

38. O *Inconterms* (2000) apresenta a seguinte lista de cláusulas: EXW: a) *ex works* (*named place*); b) FCA: *free carrier* (*named place*); c) FAS *free alongside ship* (*named port of shipment*); d) FOB: *free on board* (*named port of shipment*); e) CFR: *cost and freight* (*named port of destination*); f) CIF: *cost, insurance and freight* (*named port of destination*); g) CPT: *carriage paid to* (*named place of destination*); h) CIP: *carriage and insurance paid to* (*named place of destination*); i) DAF: *delivered at frontier* (*named place*); j) DES: *delivered ex ship* (*named port of destination*); l) DEQ: *delivered ex quay* (*named port of destination*); m) DDU: *delivered duty unpaid* (*named place of destination*), n) DDP. *delivered duty paid* (*named*

plinar a responsabilidade das partes (exportador – importador) pelas eventuais perdas ou avarias com relação às mercadorias transportadas.

Assim, por exemplo, no primeiro, caso as despesas com o frete, decorrentes do transporte da mercadoria até o porto de destino, correm por conta do vendedor. No segundo, o vendedor arca com as despesas pelo transporte das mercadorias até o costado do navio.

A partir daí os custos são por conta do comprador. Na última, que é uma variante da primeira (CIF), o seguro corre por conta do comprador e o vendedor arca com o custo do frete. A responsabilidade decorrente do perecimento da mercadoria, conforme o momento em que se considere entregue (porto de destino, no costado do navio ou após o embarque) também é determinado por essas cláusulas, posto que, uma vez consideradas entregues, aplica-se, em seu inteiro teor, a regra, *res perit domino*, como se expõe em seqüência.

Anote-se, todavia, que esta não é a regra agasalhada na norma do art. 490 do CC/2002, a qual coloca a cargo do comprador aquelas decorrentes da escritura e do registro. A regra justifica-se pela tradição, tendo em vista que a venda de imóveis, no mais das vezes, pertencia ao direito civil, reservando-se aquela dos móveis (mercadorias) para o direito comercial.

Nada impede, porém, que as partes ajustem diferentemente, por cuidar-se de norma dispositiva.

1.10 A entrega da coisa e os *Incoterms*

A coisa vendida deve ser entregue no modo estipulado no contrato não estando o comprador obrigado a recebê-la quando não correspondente à situação descrita no contrato (por inteiro, por lote, por partes etc.). Em regra, o prazo é fixado no ato da compra e venda. Assim não ocorrendo, aplica-se o disposto na norma do art. 397 do CC/2002 – vale dizer, o prazo começa a ocorrer a contar da interpelação (no CCo, anteriormente, a norma do art. 137 estabelecia o prazo de 10 dias para receber e pagar a coisa).

Se assim não tem lugar, fica o devedor obrigado a indenizar os prejuízos que da sua mora resultarem.

Em regra considera-se a mercadoria entregue no estabelecimento em que se encontra, salvo convenção em contrário (v.g., cláusulas CIF, FOB, C&F e etc.). A determinação do lugar em que se considera entregue a coisa é importante para o efeito de atribuição dos riscos decorrentes do perecimento ou deterioração da coisa vendida, posto que, se a coisa foi colocada pelo vendedor à disposição do

place of destination). Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/id3040/index.html>.

comprador dentro do prazo encomendado e este não a vem retirar, correrão por sua conta os riscos que possam recair sobre a mercadoria vendida, conforme disposto na norma do art. 492, § 2.°, CC/2002.[39] A regra aqui é a de que a coisa perece para o proprietário (*res perit domino*). Assim, até a entrega da coisa os riscos correm por conta do vendedor. Todavia, se o comprador está em mora, estes, os riscos, são-lhe transferidos. O Código excepciona quando a coisa deva ser entregue por conta e ordem do comprador, assinalando que, se a coisa for expedida para lugar diverso do local de entrega (art. 494 do CC/2002), neste caso, os riscos correrão por sua conta. Isto vale, ressalva feita a que se apliquem as mencionadas cláusulas que estabelecem a responsabilidade do vendedor pelo seguro, pelo frete e pela coisa: até o porto de destino (exemplos: CIF Rio, CIF Santos); até o embarque da mercadoria (FOB: *free on board*; FOT: *free on train*); ou até a sua colocação para que seja embarcada (FAS: *free alongside ship*; FAR: *free alongside railway*), as quais podem ser combinadas com outras cláusulas, comportando diversas variações.

Aplicam-se atualmente as seguintes cláusulas:

a) EXW: *ex works* (*ex factory, ex mill, ex plantation, ex warehouse*). *Ex works* significa que o vendedor entrega a mercadoria quando a coloca à disposição do comprador, conforme sua indicação ou no local mencionado (fábrica, depósito, estabelecimento etc.). Até então todos os riscos correm por conta do vendedor. Se as partes desejarem que o vendedor se responsabilize, igualmente, pelos riscos e custos decorrentes do embarque ou do transporte, outras cláusulas podem ser acrescentadas, como, por exemplo, a cláusula FAC, conforme a qual o vendedor embarcará a mercadoria por sua conta e risco.[40]

b) FCA: *free carrier*. *Free carrier* estabelece que o vendedor entregue as mercadorias já prontas para a exportação ao transportador nomeado pelo comprador e isto no local determinado. A determinação do local é importante para a atribuição da responsabilidade, dada a obrigação de desembarcar no local indicado. Se a entrega ocorre conforme as indicações recebidas inicialmente, a responsabilidade pela boa entrega é do vendedor. Se a entrega for encaminhada pelo comprador para outro local, a responsabilidade corre por sua conta. A cláusula pode ser utilizada indiferentemente tanto para o transporte unimodal, quanto para o multimodal e a expressão *carrier*, significa qualquer pessoa que num contrato de transporte, assume sua realização por trem, por rodovia, via marítima, aérea, etc. ou por uma combinação dos vários meios.[41]

39. O art. 206 do CCo. revogado dispunha no mesmo sentido.
40. *EWX: ex works* (...*named place*). Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/EXW.pdf>.
41. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/FCA.pdf>.

c) FAS: *free alongside ship* (indicação do porto de embarque). O vendedor considera a mercadoria entregue, quando colocado ao longo do costado do navio, no porto de embarque. O termo FAS, significa que o vendedor deve arcar com todos os custos e taxas necessários a exportação.[42]

d) CFR: *cost and freight* (indicação do porto de destino). Na hipótese, o vendedor entrega as mercadorias quando estas ultrapassam o portão do porto de embarque. O vendedor arca com os custos e os fretes necessários para levar as mercadorias ao porto de destino. Todavia, os riscos decorrentes de quaisquer danos ou perdas incidentes sobre as mercadorias correm por conta do comprador. O termo CRF impõe ao vendedor arcar com todos os custos decorrentes da exportação.[43]

e) CIF: *cost, insurance and freight* (porto de destino). Aqui o vendedor considera a mercadoria entregue quanto ultrapassa o portão do porto de embarque, arcando até então com os custos e o frete necessários para trazer as mercadorias. Não responderá, porém, por quaisquer danos ou perdas, carreados após a entrega, mas a cláusula CIF significa que o seguro corre por conta do vendedor.[44]

f) CPT: *carriage paid to* (nome do porto de destino). *Carriage paid to* significa que o vendedor entrega as mercadoria ao transportador de sua escolha, mas em acréscimo deverá pagar o custo do transporte até o porto de destino, arcando com todos os riscos incidentes sobre as mercadorias até então. A sigla CTP significa que o vendedor arca com todos os custos decorrentes da exportação.[45]

g) CIP: *carriage and insurance paid to* (lugar de destino). O vendedor entrega as mercadorias para o transportador da sua escolha e mais as despesas do custo do transporte ao até o local de destino. Mas todos os riscos incidentes sobre as mercadorias e os custos adicionais que advierem correm por conta do comprador. O termo CIP significa que o vendedor deve providenciar o seguro das mercadorias durante o transporte e preparar a mercadoria para a exportação, arcando com todos os custos.[46]

42. *FAS: free alongside ship (...named port of shipment)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/FAS.pdf>.
43. *CFR: cost and freight (...named port of destination)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/CFR.pdf>.
44. *CIF: cost, insurance and freight (...named port of destination)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/CIF.pdf>.
45. *CPT: carriage paid to (...named place of destination)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/CPT.pdf>.
46. *CIP: carriage and insurance paid to (...named place of destination)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/CIP.pdf>.

h) DAF: *delivered at frontier* (indicação do país – local – de entrega). Conforme a cláusula o vendedor coloca as mercadorias à disposição do comprador na chegada à fronteira do país designado, e não no desembarque. Se as partes quiserem que o vendedor responda pelo desembarque das mercadorias, arcando com os respectivos custos, isto deverá ser feito mediante o acréscimo de outras cláusulas.[47]

i) DES: *delivered ex ship* (indicação do porto de destino). Neste caso, o vendedor entrega as mercadorias quando do seu embarque a bordo do navio. As mercadorias estarão à disposição do comprador, o qual arcará com os custos e riscos do desembarque.[48]

j) DEQ: *delivered ex quay*. O vendedor entrega a mercadoria no cais do porto nomeado pelo comprador. O termo DEQ significa que os custos da importação e todas as taxas incidentes para o desembaraço da mercadoria correm por sua conta.[49]

l) DDU: *delivered duty unpaid* (indicação do local de entrega). O vendedor entrega as mercadorias no porto de destino, mas o comprador deve arcar com os custos e riscos decorrentes do transporte até então e com todos os custos e taxas decorrentes do desembaraço das mercadorias perante as autoridades locais.[50]

m) DDP: *delivered duty paid* (indicação do local de destino). O vendedor entrega as mercadorias livre de encargos no local de destino. Por sua conta correm todos os custos e riscos decorrentes do transporte das mercadorias e de seu desembarque. Enquanto o Termo EXW representa o mínimo de obrigações para o vendedor, o termo DDP, significa o máximo de obrigações.[51]

1.11 Modalidades de entregas no antigo CCo

Por final, lembramos que, na linguagem do Código Comercial, se admitia não só a entrega material (real) da coisa vendida, como aquela simbólica ou ficta, de cuja existência nos dava notícia o elenco arrolado na norma do seu art. 200 do CCo, então em vigor.

47. *DAF: delivered at frontier (...named place)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/DAF.pdf>.
48. *DES: delivered ex ship (...named port of destination)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/DES.pdf>.
49. *DEQ: delivered ex quay (...named port of destination)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/DEQ.pdf>.
50. *DDU: delivered duty unpaid (...named place of destination)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/DDU.pdf>.
51. *DDP: delivered duty paid (...named place of destination)*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/DDP.pdf>.

Com este teor, confira-se: "Art. 200. Reputa-se mercantilmente tradição simbólica, salva a prova em contrário, no caso de erro, fraude ou dolo: 1. a entrega das chaves do armazém, loja ou caixa em que se achar a mercadoria ou objeto vendido; 2. o fato de pôr o comprador a sua marca nas mercadorias compradas, em presença do vendedor ou com o seu consentimento; 3. a remessa e aceitação da fatura, sem oposição imediata do comprador; 4. a cláusula – por conta – lançada no conhecimento ou cautela de remessa, não sendo reclamada pelo comprador dentro de 3 (três) dias úteis, achando-se o vendedor no lugar onde se receber a cautela ou conhecimento, ou pelo segundo correio ou navio que levar correspondência para o lugar onde ele se achar; 5. a declaração ou averbação em livros ou despachos das estações públicas a favor do comprador, com acordo de ambas as partes (...)".

Quanto ao título, comprovava a entrega da mercadoria o conhecimento de depósito (v. art. 7.º do Decreto 1.102 de 21.11.1903) ou o conhecimento de transporte (v. Decreto 119.473, de 10.12.1930; Dec.-lei 32 de 18.11.1966; Decreto 20.454, de 29.09.1931. Idem, diga-se quanto à remessa da fatura, sem oposição do comprador, fundando-se o óbice no fato da atual Lei 5.474, de 18.07.1968, exigir para a emissão da duplicata a efetiva entrega da mercadoria vendida e ou quando as mercadorias foram pesadas, medidas, assinaladas e colocadas à disposição do comprador ou quando este está em mora para recebê-las.

Estas últimas possibilidades permanecem em vigor em virtude do disposto na norma dos arts. 492, § 1.º e 2.º, e 529, ambos do CC/2002. Quanto às demais, lastimavelmente, não foram abrigadas pelo Código Civil de 2002.

1.12 Alteração na situação financeira ou econômica do devedor

Esta obrigação de entregar a coisa na forma e no prazo ajustado cessa, todavia, perante a mudança na situação financeira ou econômica do comprador, tais as situações abrangidas nos arts. 477 e 495 do CC/2002.

A mudança no estado financeiro (o Código Comercial falava em *mudança notória*), a principio, conforme o entendimento de J. X. Carvalho de Mendonça,[52] exarado ainda quando da vigência da parte obrigacional do Código Comercial, significaria tornar-se insolvente ou ser declarado falido e aqui se impõe uma explicação.

É que, enquanto para a insolvência civil (concurso de credores) o requisito é insolvência econômica (ativo menor que o passivo – conf. art. 955 do CC/2002), na falência, o que se tem é a presunção jurídica de insolvência, decorrente quer da iliquidez (art. 94, I, da Lei 11.101/2005), quer de determinadas

52. Op. cit., vol. 6, p. 62, n. 650.

situações ou atos (art. 94, II e III, da Lei 11.101/2005) que podem não corresponder à existência de um passivo menor do que o ativo. Tem-se em vista aqui que a situação de iliquidez pode ser passageira, mas, se não resolvida a tempo, resolve-se em falência. Por outro lado, quer na insolvência civil, quer na falência todos os bens do devedor serão imediatamente arrecadados (art. 766, I, CPC, e art. 103 da Lei 11.101/2005) e o devedor não pode mais quanto a eles dispor.

Este entendimento esbarra com a idéia de prestar fiança idônea aos pagamentos nos prazos convencionados, salvo a que se encontre terceiro disposto a isso. E assim é primeiro, porque o comprador tão logo que declarado falido ou insolvente perde o direito de administrar os próprios bens. Não está, portanto, em condições de decidir se poderá ou não cumprir o contrato ajustado; em segundo lugar, porque, embora os contratos bilaterais, por exemplo, não se resolvam com a falência, é o administrador judicial (arts. 117 e 118 da Lei 11.101/2005) – e não o falido – quem irá decidir se o contrato interessa ou não à massa, optando pelo seu cumprimento.

Por outro lado, na recuperação judicial, isso estaria submetido ao que foi estabelecido no plano, aprovado pela assembléia de credores ou concedido pelo Magistrado, na possibilidade de não-impugnação por qualquer credor.

Quanto à idéia de insolvência, não parece que o art. 495 do CC/2002 em epígrafe, em que pese a redação "o prazo ajustado" somente se atenha às vendas a crédito E assim é porque nada obsta a possibilidade de pagamento contra a entrega da mercadoria (venda a vista), circunstância que autorizaria o recurso ao disposto nas normas dos art. 476 e 477, CC/2002, segunda alínea, próprio das vendas a vista.

Tal entendimento, s.m.j., amplia as possibilidades de retenção sem culpa por parte do devedor, quando o comprador sofra diminuição significativa em seu patrimônio – mas sem chegar ao ápice da insolvência – ainda quando esta deficiência patrimonial seja indicada pelo simples protesto de um título impago.

Tem esse teor, inclusive, o disposto na norma do art. 477 do CC/2002, a autorizar a retenção da coisa devida.

Vale aqui também mencionar, em atenção ao disposto na invocada norma do art. 495 do CC/2002, o estatuído na norma do art. 119, I, da Lei 11.101/2005 (LRE), a qual autoriza ao vendedor a paralisar a entrega da coisa vendida e expedida, ainda em trânsito, quando o comprador, declarado falido, não as tenha revendido a vista das faturas ou do conhecimento de transporte remetidos pelo vendedor.

1.13 Situações particulares

1.13.1 Venda por ascendente a descendente

O art. 496 do CC/2002 comina com anulabilidade da venda feita por ascendente a descendente sem a anuência dos demais descendentes ou do seu cônjuge (salvo se o regime de bens for o da separação obrigatória). A idéia de fundo é evitar que um herdeiro seja privilegiado em detrimento da legítima de outros, falseando a regra da partilha, mediante doação dissimulada sob a capa da compra e venda. É que, em se cuidando de doação, impõe-se ao herdeiro beneficiado leve o recebido à colação por ocasião da abertura da sucessão (art. 2.002 e ss. do CC/2002). Vale dizer que deverá ser descontada da importância que lhe caberia, de molde a igualar a posição de todos os herdeiros. Tal exigência não se impõe entre pais e filhos quando se cuida de compra e venda. Daí a possibilidade de, por tal forma, fraudar-se a legítima dos demais herdeiros. A vedação mantém-se ainda que a alienação tenha lugar por interposta pessoa, circunstância em que o ato estaria viciado pela simulação (art. 167 do CC/2002).

Mas e se o preço pago pelo herdeiro for justo, correspondendo ao valor da coisa alienada no momento da compra e venda? Ainda assim, seria a compra e venda anulável? Parece-nos, s.m.j., que, demonstrada a lisura do preço, inexistindo diferença a mais do preço pago que, eventualmente, como doação disfarçada, houvesse de ser levada à colação, e de considerar-se a possibilidade da compra e venda ser considerada eficaz.

Raciocínio em contrario implicaria a devolução do preço efetivamente pago pelos demais herdeiros, de molde a equilibrar os quinhões da legítima, desrespeitando, desnecessariamente a vontade do *de cujus*. Pela validade de tais contratos quando ausente a fraude, inclusive, já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo.[53]

Quanto à legitimidade ativa para pleitear a nulidade do contrato, esta se defere aos herdeiros necessários preteridos e, somente a estes, tendo em vista o disposto na norma do art. 1.850 do CC/2002. No que diz respeito ao prazo, aplica-se o disposto na norma do art. 179 do CC/2002, o qual é de decadência, tendo em vista que nada se dispõe sobre o tópico nas normas dos arts. 205 e 206 do CC/2002. A orientação merece reparos, visto que o prazo começa a correr a

53. "*Compra e venda. Venda de ascendente a descendente. Falta de consentimento dos demais descendentes. Nulidade inexistente. Hipótese em que o pai estava endividado. Negócio normal, nada havendo de simulado quanto ao preço e eventuais favorecimentos ao comprador.* Inexistindo dúvida de que o pai estava endividado, daí a venda ao filho, tem-se que o negócio foi normal, nada havendo de simulado quanto ao preço e eventuais favorecimentos ao comprador. Assim, não é razoável venha a anular-se um negócio autêntico por falta de anuência imotivada e não explicada" (TJSP, Ap 191.544-1/6, 8.ª C, *RT* 701/68).

partir da conclusão do ato, e não a partir do falecimento do ascendente. A crítica tem em vista a possibilidade de que o temor de desagradar leve o herdeiro preterido a quedar-se silente, enquanto durar a vida do vendedor. Paralelamente, não socorreria ao herdeiro preterido, quando de venda simulada se cuidasse, o fato de encontrar-se submetido ao poder familiar, tal como descreve a norma do art. 197, II, posto tratar-se de decadência, e não de prescrição.

1.13.2 Pessoas impedidas

Igualmente, àqueles que têm bens sob sua guarda, gestão ou administração é vedada a sua aquisição, tendo em vista que essas pessoas têm por dever zelar pelos bens que lhes foram confiados. O conflito de interesses é aqui evidente, dada a possibilidade dessas pessoas utilizarem a posição que ocupam para, em detrimento do interesse do vendedor, realizarem uma aquisição satisfatória. A vedação estende-se aos membros do Judiciário e seus auxiliares e, ainda aos leiloeiros, quanto aos bens cuja venda lhes foi confiada, posto que todas essas pessoas ocupam posições que exigem total isenção e desinteresse quer quanto aos vendedores, quer quanto a seus bens. Aliás, com este teor, tendo em vista a possibilidade de conflito de interesses, já o vestuto CCo proibia, na norma do seu art. 2.°, 1, pudessem os juízes comerciar e, quanto aos leiloeiros e corretores, como igualmente eram proibidos de comerciar, se isso o fizessem e fossem declarados falidos, incorreriam em crime falimentar só por esse fato (art. 188, IX do Dec.-lei 7.661/1945). Por tal razão, a norma do art. 497 do CC/2002 acoima com nulidade as compra e vendas praticadas pelas pessoas que estão nesta situação, ainda quando a alienação decorra de hasta pública. *In casu*, por cuidar-se de norma restritiva de direito, o elenco é taxativo e não meramente exemplificativo, vedada a extensão analógica. O impedimento, por expressa disposição legal, estende-se à cessão de crédito (art. 497, parágrafo único).

1.13.3 Venda de parte em condomínio indivisível

Na seqüência, impede-se ao condômino de coisa indivisível a venda de sua parte a estranhos quando existir interesse por parte de outro condômino. O que se estabelece aqui não é a impossibilidade da venda. Mas o direito de preferência que os demais condôminos têm em adquirir o quinhão vendido.

Quando forem diversos os condôminos interessados, a norma do parágrafo único deste artigo fixa o critério para dirimir eventuais conflitos.

Na hipótese, a preferência é dada àquele que tiver benfeitorias de maior valor e, na ausência dessas, o de maior quinhão. Sendo todos os quinhões iguais, a propriedade será deferida ao condômino que depositar o preço, critérios, aliás, igualmente esposados na norma do art. 1.119 do CPC.

A ação para o exercício do direito de preferência é a de *preempção*, cujo procedimento obedece ao estabelecido na norma que se lhe segue no art. 1.119, a qual remete para aquela do art. 803, ambos daquele diploma legal.

A ação deve ser proposta dentro do prazo de 180 dias (que é de caducidade) a contar da data em que se teve ciência da alienação, circunstâncias em que a comunicação surge como condição suspensiva da negociação adrede levada a feito. Vale dizer que se esta não se perfez, o negócio não se convalida.

Uma vez, porém, transcorrido o prazo, após a comunicação, sem a manifestação do condômino, o negócio está perfeito e acabado, gerando seus efeitos normais. Note-se que aqui a lei não distingue, como faz a norma do art. 513 do CC/2002 que se segue, entre bens moveis ou imóveis,[54] posto cuidar-se de direito deferido ao condômino pela lei. Já na situação descrita e disciplinada nas normas dos arts. 510-513 do CC/2002, a preferência decorre do ato negocial celebrado entre vendedor e comprador, ou melhor, de um pacto adjeto ao contrato de compra e venda celebrado.

1.13.4 Venda entre cônjuges

A lei não proíbe a venda de bens entre cônjuges, desde que estejam fora do regime da comunhão. Todavia, se o regime for o da separação total de bens (legal ou obrigatória), alerta Carlos Roberto Gonçalves[55] que a doação entre cônjuges não é admitida, pois tal desvirtuaria a finalidade do regime imposto.

1.14 Obrigações do vendedor e do comprador

1.14.1 Entregar a coisa no prazo e no modo combinado

O contrato de compra e venda gera obrigações para ambas as partes. (Para o vendedor: entregar a mercadoria – transferir o domínio; responder pelos vícios ocultos da coisa vendida e garantir ao comprador a posse e a propriedade da coisa, respondendo pela evicção.) Porém, a obrigação de entregar não fica ao arbítrio do vendedor, salvo quando assim tenha acordado. O vendedor deve entregar a coisa dentro do prazo estipulado (art. 394 do CC/2002), entendendo-se, quando não se tenha fixado qualquer prazo, constituir-se este mediante interpelação, judicial ou extrajudicial (art. 397 do CC/2002). Se for fixado prazo para a entrega, sua contagem subordina-se ao disposto na norma do art. 132 do CC/2002. A saber, o prazo passa a correr a partir do dia seguinte àquele do vencimento, computando-se o dia da expiração do termo fixado.

54. Conf. art. 513: "A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto. Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a 180 (cento e oitenta) dias, se a coisa for móvel, ou a 2 (dois) anos, se imóvel".

55. Op. cit., p. 222.

A obrigação do vendedor de entregar a coisa vendida deve obedecer ademais do prazo, o modo e a forma da entrega. Destarte, se ficou convencionado que a coisa seria entregue por inteiro e de uma só vez, não está o comprador obrigado a recebê-la por partes. Tampouco se foi convencionado que a coisa seria entregue com determinada embalagem. O modo e a forma acordada fazem parte das condições pactuadas, impondo ao vendedor a sua observância.

O comprador, além do pagamento do preço, está obrigado a receber a coisa vendida conforme o modo, forma, prazo e no lugar estipulados no contrato.

A sua recusa ou omissão em receber a coisa vendida no modo aprazado é descumprimento do acordado autorizando o seu desfazimento, acrescido, naturalmente, das perdas e danos que daí resultarem. Vale aqui a mesma regra retro mencionada. Na ausência de prazo expresso, entende-se que este corre a partir da interpelação. O vendedor, porém, transcorrido o prazo, tem a faculdade de optar pela manutenção do contrato, consignando o bem em juízo (art. 335, II, CC/2002) de molde a que o comprador, devidamente cientificado faça cumprir o convencionado. A partir daí correm por conta do comprador todos os riscos que a coisa venha a padecer, ademais das despesas decorrentes do depósito judicial levado a feito (art. 492 do CC/2002).

A solução não se aplica quando o comprador tem justo motivo para recusar o recebimento das mercadorias, quer por portarem defeitos aparentes, quer por não serem da qualidade ajustada ou outras razões fundadas. O que a lei sanciona é a recusa imotivada. Se o devedor alega motivo justo para tanto, legitima é a recusa.

No direito comercial, ao contrário do que ocorria no direito civil, não vigorava a regra *dies interpelat pro homine* (conf. art. 397 do CC/2002) impondo-se, salvo disposição legal expressa em contrário, para que a mora do comprador tivesse lugar, fosse ele interpelado judicialmente. No direito civil, esta a regra geral.

Todavia, quando inexista prazo assinalado, a orientação atual, como faz ver a norma do art. 397, parágrafo único, CC/2002, exige a interpelação para colocar o devedor em mora. Mas, independente da interpelação, os riscos correrão por conta do comprador, nas hipóteses já assinaladas (art. 492 do CC/2002).

Esta norma completa o teor da que lhe antecede. Uma vez colocado em mora quer pelo advento do termo, quer por ter sido devidamente interpelado, correm por conta do comprador todos os riscos incidentes sobre a coisa vendida, salvo as exceções acima mencionadas.

No caso, entende-se por riscos a possibilidade de perda ou deterioração da coisa em virtude do caso fortuito ou da força maior e, inclusive, a depreciação no valor da coisa vendida (*periculum rei vilioris factae*).

Resta claro, e isto é coerente com a obrigação que tem o vendedor de fazer boa a coisa vendida, que se a perda, deterioração ou aviltamento do preço da coisa devida decorre de ato imputável ao vendedor é sua a responsabilidade pelos danos carreados.

Por outro lado, o estatuído conforma-se com a regra geral *res perit domino*, posto que o colocar a coisa à disposição do comprador é tradição consensual, correndo os riscos, a partir daí, por conta do comprador.

Para que os riscos possam ser atribuídos ao comprador, é necessário que se cuide de coisa certa e determinada individualmente. Cuidando-se de coisas fungíveis, i. é, mercadorias designadas unicamente pela quantidade ou qualidade, aplica-se a regra *genus numquam perit*. Esta a lição de Carvalho de Mendonça,[56] correndo o risco por conta do vendedor até a especificação da parte vendida (art. 246 do CC/2002). Uma vez, porém, individuada e determinada a mercadoria, os riscos passam para o comprador se tiver sido colocado em mora para recebê-las.

1.14.2 Fazer boa a coisa vendida

O vendedor tem a obrigação de fazer boa a coisa vendida e assegurar ao comprador o gozo e o uso da coisa comprada e não pode, por qualquer modo, turbar a posse e o gozo da coisa comprada. Esta é uma obrigação de garantia por fato pessoal do vendedor, imposta em virtude de lei que permanece ainda que as partes estipulem o contrario e constitui cláusula essencial do contrato. Assim, mais uma vez, Carvalho de Mendonça.[57]

Para Fran Martins,[58] cuida-se de obrigação complementar do vendedor que segue aquela principal de transferir o domínio da coisa vendida pelo modo e forma ajustado no contrato.

1.14.3 Responder pelos riscos decorrentes da evicção

Insere-se aqui a obrigação de responder pelos riscos da evicção. Esta é, igualmente, uma obrigação de garantia do vendedor, respondendo pela evicção caso o comprador venha a ser ameaçado na posse ou domínio da coisa comprada em virtude de direito de terceiro anterior ao seu, reconhecido em virtude de sentença judicial.

56. Op. cit. ,vol. 6, 2.ª parte, p. 109.
57. Idem, p. 82, n. 667.
58. *Contratos e obrigações comerciais*, p. 156.

Ocorrendo a hipótese, cumpre ao comprador chamar o devedor à lide (art. 70, I, CPC) de modo a que venha defender o seu direito. Se porventura a decisão é desfavorável ao vendedor, este responderá não só pelas custas processuais, devolvendo o preço pago com juros, como poderá ser compelido a reparar as perdas e danos carreados, independentes da ação criminal que no caso couber. A norma abrange todas as benfeitorias inclusive aquelas voluptuárias, autorizando a retenção da coisa até que por elas seja indenizado por aquele a quem pertencer.

A ameaça resultante da evicção, inclusive, autoriza ao comprador a, legitimamente, reter o preço que porventura não tenha pagado, até que lhe sejam ofertadas garantias da perfeição da venda.

1.14.4 Responder pelos vícios ocultos da coisa

Igualmente, por tal razão responde pelos vícios ocultos da coisa. Observava o saudoso Waldirio Bulgarelli[59] ser censurável a posição de Carvalho de Mendonça por ter incluído dentre os vícios ocultos a falta de quantidade ou defeito na qualidade.

E assim é, pensamos nós, porque a falta na quantidade ou o defeito na qualidade não é vicio oculto, mas descumprimento contratual, facultando ao comprador rejeitar a mercadoria recebida que não se conforma com o anteriormente pactuado (art. 389 do CC/2002). Aliás, durante a vigência da parte obrigacional no antigo Código Comercial, os defeitos na qualidade ou a falta na quantidade eram tratados à parte, na norma do art. 211 do CCo, e mereciam o mesmo tratamento. Não porque se cuidassem de vícios redibitórios, mas porque a prática, no afã de tutelar o comprador, estendeu-lhe o recurso a esses remédios judiciais conforme a visão da doutrina.

Contudo, convém ressalvar a incolumidade do pensamento daquele ilustre jurista (Carvalho de Mendonça), que, em local próprio, à época, ressaltou seu pensamento esclarecendo que as faltas e os defeitos da coisa entregues e recebidas não constituem "rigorosamente vícios redibitórios nos termos do direito civil".[60] Não obstante, o Código Comercial equiparou-os, submetendo-os à mesma disciplina, o que autoriza o mesmo tratamento. O raciocínio ainda merece guarida em que pese o advento do Código Civil de 2002.

Os vícios que se têm em vista, se apreciados como se redibitórios fossem, faculta ao comprador enjeitar a coisa (ação redibitória) ou recebê-la com abatimento no preço (*quanti minoris*), desde que o tenha reclamado dentro do prazo legal

59. *Contratos mercantis*, p. 192.
60. Op. cit., vol. 6, 2.ª parte, p. 87.

de 30 dias, se se cuidarem de móveis, ou um ano (quando o objeto for imóveis) a contar do recebimento, prazo este decadencial (art. 445, *caput*, do CC/2002).

Este prazo, todavia, em casos especiais, pode ser contado a partir do conhecimento do defeito (v.g., quando máquinas e equipamentos são colocados em funcionamento, e não quando do recebimento da coisa, ou quando o defeito somente se torne perceptível tardiamente). Com esse teor, a norma do § 1.º desse artigo estende o prazo para 180 dias (móveis) e um ano (imóveis), a contar do conhecimento.

1.15 Compra e venda e venda empresarial e civil

Em que pese a unificação formal, permanecem as diferenças quando se tem em vista a realidade representada pela operação econômica, substrato da compra e venda empresarial. E o sinal distintivo repousa no fato de serem contratos, em regra, realizados em massa, padronizados, no mais das vezes de adesão e, nos quais, o bem comprado não se destina ao próprio consumo, mas a ser revendido, quer na forma original, quer na forma do produto resultante, quando se destine a fabricação de outros ou, ainda, como prelecionava a revogada norma do art. 191 do CCo, para locar o seu uso. Em regra, objeto da compra e venda empresarial são bens móveis (mercadorias), mas nada impede sejam, igualmente imóveis, quando estes resultem da atividade empresarial. De qualquer modo, na compra e venda empresarial (comercial) o *intuito de lucro* está sempre presente.

Paralelamente, não há que se confundir a modalidade com a compra e venda abrigada sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Basta lembrar que o empresário na compra e venda empresarial não adquire o bem como consumidor final, para o próprio uso ou consumo. Por outro lado, essa lei não tutela o consumo intermediário, i.é, aquele em que se adquire um determinado bem para a criação de outros, como ocorre com os componentes (art. 2.º da Lei 8.078, de 11.09.1990).

Mal não faz, neste passo, invocar o teor do disposto na norma do art. L.110- 1 do Código de Comércio dos franceses, que mantém, na sua pureza, as características do que constitui matéria de comércio.[61]

61. "Article L110-1. La loi répute actes de commerce. 1.° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre; 2.° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux; 3.° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières; 4.° Toute entreprise de location de meubles (...)".

2

Modalidades de compra e venda

Sumário: 2.1 Vendas sob amostras – 2.2 Venda condicional – 2.3 A venda a contento – 2.4 A retrovenda – 2.5 O pacto de preempção (*protimeseos*) ou preferência – 2.6 A venda com reserva de domínio – 2.7 As compras e vendas complexas – O contrato de fornecimento: 2.7.1 Noção; 2.7.2 O contrato de assinatura – 2.8 O contrato estimatório – 2.9 Da troca ou da permuta.

2.1 Vendas sob amostras

A norma do art. 484 do CC/2002 inova em relação a sua antecedente norma do art. 1.135 do Código Civil de 1916, e adéqua a regra à modernidade, quando menciona o protótipo e o modelo, exigindo que a coisa entregue, conforme-se em tudo e por tudo com o apresentado (amostra, modelo ou protótipo) ou descrito no contrato.

Não se cuida *in casu* de compra e venda submetida à condição como ocorre com a venda a contento (a ser examinada posteriormente).

A aceitação do comprador quando do recebimento da mercadoria não equivale a nova manifestação de vontade, mas tão somente que a coisa entregue corresponde à amostra apresentada. Se recusar legitimamente (porque a coisa entregue não tem as especificações necessárias), não significa esteja negando seu consentimento (que já foi dado quando aquiesceu comprar à vista das amostras, do modelo, protótipo ou conforme o descrito), mas que o vendedor não entregou a coisa vendida com as características e qualidades prometidas (art. 484 do CC/2002).

A recusa, portanto, estriba-se no inadimplemento do vendedor que prometeu (mas não cumpriu) entregar a mercadoria com as qualidades denunciadas na amostra, modelo, protótipo ou conforme o descrito.

Não há aqui um evento futuro e incerto, cujo advento permitirá o aperfeiçoamento do contrato. O contrato está perfeito e acabado desde o momento em que o comprador aquiesce em adquirir, à vista das amostras, modelos, protótipos apresentados ou descritos, e o vendedor prometeu entregar a mercadoria com as características e qualidades exibidas.