FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Disciplina: DCV5939-1 Fronteiras do Direito Contratual I
Docente: Professor Associado Dr. Cristiano de Sousa Zanetti

Gabriel Saad Kik Buschinelli, n. USP: 5181711
Thiago Saddi Tannous, n. USP: 7123897
João Vicente Lapa de Carvalho, n. USP: 6854077

22. Consequências do dolo na ação redibitória. A indenização eventualmente devida pelo outorgante é calculada a partir do interesse positivo ou do interesse negativo? 23. Consequências do dolo na ação estimatória. A indenização eventualmente devida pelo outorgante é calculada a partir do interesse positivo ou do interesse negativo?

Os arts. 441 a 446 do Código Civil[1] estabelecem o regime jurídico aplicável aos vícios ou defeitos ocultos que tornem a coisa imprópria ao uso a que se destina ou diminuam seu valor. Trata-se da garantia por vícios redibitórios, que tem lugar no âmbito dos contratos comutativos.

Ao identificar um vício ou defeito oculto, o adquirente pode (i) enjeitar a coisa, extinguindo a relação contratual; ou (ii) reclamar o abatimento do preço, com o propósito de restabelecer o equilíbrio entre as prestações pactuadas. Trata-se, respectivamente, da ação redibitória e da ação estimatória, espécies do gênero das ações edilícias.

Com o manejo de ação edilícia, o outorgado recebe restituição do que pagou (ou é liberado do vínculo contratual, se ainda não prestou), ou de parte do que pagou, conforme exercite a ação redibitória ou estimatória. Mas, se o outorgante tinha conhecimento do vício ou defeito da coisa quando transmitiu sua propriedade, deverá restituir o que eventualmente recebeu "com perdas e danos", conforme dispõe o art. 443.

Há dois possíveis cenários em que se poderia cogitar a aplicação do art. 443. No primeiro, é celebrado contrato válido, mas o outorgante entrega coisa que sabe defeituosa e, com isso, inadimple o contrato. No segundo, o outorgante atua com dolo na fase genética do contrato, omitindo informação relevante para a conclusão do negócio jurídico, consistente na presença de vício oculto na própria coisa que está negociando. As hipóteses serão analisadas separadamente.

Hipótese do art. 443

Caso o outorgante conheça o vício oculto no momento da tradição e o outorgado exerça a ação redibitória cumulada com ação de perdas e danos, o outorgado terá duas pretensões diversas. A primeira é a de restituição do quanto pagou. A segunda é de caráter indenizatório.

A ação redibitória visa à condenação do alienante a restituir o que recebeu, independentemente de o outorgante conhecer ou não o vício oculto. O verbo restituir é empregado neste artigo e também em outros do Código Civil (ex: art. 459, §1º; art. 505; art. 534; art. 586). Entre os dispositivos que mencionam a restituição, cabe destacar o art. 182 ("anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente") e o art. 884 ("Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários"). Há um denominador comum entre essas hipóteses. A restituição não pressupõe a ocorrência de dano; ela não se prende, tampouco, a um

[1] Todas as referências a dispositivos legais neste trabalho dizem respeito ao Código Civil, a menos que haja menção em sentido diverso.

inadimplemento. Nos três artigos, ocorre uma atribuição patrimonial que, originariamente (art. 884) ou supervenientemente (art. 182 e art. 443), não se fundamenta em uma causa jurídica. Com a redibição, portanto, extingue-se o contrato e inicia-se relação jurídica que Pontes de Miranda denomina "relação de liquidação".[2]

Se o outorgante conhece o vício oculto, ele não apenas restitui o que recebeu, mas também responde por perdas e danos. Para a determinação do critério para a fixação das perdas e danos nessa situação, deve-se analisar a natureza jurídica da redibição.

A ação redibitória é uma modalidade especial de resolução do contrato, tendo em vista que a entrega de coisa com vício oculto corresponde a um inadimplemento contratual.[3] Com efeito, segundo o art. 475, a resolução é poder concedido à parte lesada pelo inadimplemento. O inadimplemento pode ou não ser culposo.[4] Quando uma coisa é entregue contendo vícios ocultos, pode-se afirmar que a obrigação não foi adequadamente cumprida, o que representa modalidade de inadimplemento abrangida pelo conceito amplo de inadimplemento previsto no art. 389. Dessa forma, a situação de fato descrita no art. 443 autorizaria a resolução do contrato por si. Pode-se afirmar, assim, que a redibição é uma modalidade especial de ação de resolução sujeita a prazos e à verificação de requisitos próprios. O inadimplemento que pressupõe ocorre quando há tradição de coisa contendo vícios ocultos.

Tendo em vista que a redibição tem natureza jurídica de resolução contratual, a indenização por perdas e danos daquele que redibe o contrato deve ser pautada pelos critérios que orientam a indenização motivada pela resolução do contrato em função de inadimplemento culposo.

Na resolução por inadimplemento, discute-se qual seria o parâmetro de indenização da parte lesada. Segundo parcela da doutrina, o interesse a reparar corresponderia ao **interesse positivo**, isto é, buscar-se-ia situar o lesado na posição em que estaria se o contrato tivesse sido adequadamente adimplido. Segundo outra corrente doutrinária, o objetivo seria reparar o **interesse negativo**, e o lesado deveria ser situado na posição em que estaria se não tivesse celebrado o negócio jurídico.[5]

No direito brasileiro, a corrente doutrinária majoritária defende que, se o devedor inadimple, o credor teria duas alternativas. A primeira: o credor se mantém vinculado ao contrato e, com base nele, exige o cumprimento específico da prestação ou, não sendo essa possível, pleiteia indenização por perdas e danos calculadas pelo interesse positivo. A segunda: o credor poderia pleitear a resolução do contrato, sendo indenizado pelo interesse negativo.[6]

Para sustentar esse posicionamento, afirma-se que "se o credor optar pela resolução do contrato, não faria sentido que pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio."[7]

No panorama estrangeiro, há posicionamentos variados acerca do tema. Paulo Mota Pinto, em obra de referência sobre o assunto, aponta que em diversos ordenamentos jurídicos

---

[2] F. C. Pontes de Miranda, **Tratado de Direito Privado**, t. 38, op. cit., §4.238, p. 301.

[3] Nesse sentido, João Calvão da Silva, **Compra e Venda de Coisas Defeituosas**, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 75; Araken de Assis (et. al.), **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, v. 5 (artigos 421 a 480), Rio de Janeiro: Forense, 2007, 336; Orlando Gomes, **Contratos**, 22ª ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2000, n. 133, p. 172.

[4] Ruy Rosado de Aguiar Jr., "Extinção dos Contratos", in Wanderley Fernandes (org.), **Contratos Empresariais**, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 417-456, p. 443.

[5] Francisco Paulo De Crescenzo Marino, "Perdas e Danos", in Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni (org.), **Obrigações**, São Paulo: Atlas, 2011, pp. 653-685, p. 664.

[6] Gisele Sampaio da Cruz, **Lucros Cessantes**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

[7] Id., pp. 133-134.

colocou-se a questão da impossibilidade lógica de compatibilizar a resolução com a indenização do interesse positivo. Na maioria dos países europeus (à exceção de Portugal e da Suíça), prevalece, porém, o entendimento de que o credor pode optar pela indenização do interesse positivo cumulada com a resolução do contrato.[8]

Comentando o direito italiano, Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova afirmam que "A resolução obriga as partes às restituições. Obriga, ademais, a parte inadimplente ao ressarcimento do dano. [...] A declaração, ou a demanda judicial, de resolução implica renúncia ao escambo das prestações, mas não renúncia ao lucro que o contrato autorizava a esperar. Esta é a regra que o nosso direito [italiano] herdou do francês. Encontram-se na mesma direção o direito inglês e o direito norte-americano."[9] O país em que se manteve, por mais tempo, a tese da incompatibilidade entre resolução e inadimplemento pelo interesse positivo foi a Alemanha. Entretanto, no âmbito da modernização do direito das obrigações, tomou-se a decisão de abandonar tal limitação, alinhando o direito germânico ao cenário prevalente no direito internacional.[10] No âmbito da Convenção de Viena, por fim, o regramento do art. 74 outorga, na resolução, o direito ao recebimento do interesse positivo.[11]

No Brasil, Ruy Rosado de Aguiar Jr., quando ministro do STJ, decidiu que "no caso dos autos, a expressão contida no art. 1059 do CC, incluindo nas perdas e danos 'o que o credor razovelmente deixou de lucrar', compreende a indenização pelo dano positivo, isto é, aquela suficiente para colocar o credor na situação em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido."[12]

Paulo Mota Pinto sublinha que, por mais que se sustente haver uma incompatibilidade lógica entre resolução e indenização do interesse positivo, uma posição "dogmaticamente consistente" deve questionar o fundamento e a finalidade da resolução. Ora, deve-se ter em vista que o fundamento da resolução é o inadimplemento, permitindo que o credor fiel se liberte do vínculo contratual. Ele não precisa, por conta disso, renunciar ao lucro que lhe adviria do contrato que, de sua parte, cumpriu plenamente.[13]

No âmbito da ação redibitória, o mesmo raciocínio se impõe. O dolo do outorgante, portanto, importa na sua responsabilização pelo pagamento de perdas e danos calculados segundo o interesse positivo.

No caso de o outorgado exercer a ação estimatória, ele terá direito a abatimento do preço, não sua integral restituição. Pode-se afirmar que a ação estimatória representa um *minus* em relação à redibitória, levando a um ajuste no sinalagma, para que a relação entre preço e valor da coisa entregue seja reequilibrada, tendo em vista o vício oculto. Tudo se passa como se uma parcela do contrato fosse resolvida, com manutenção de outra parcela intacta.

Tendo em vista a similitude de fundamentos (inadimplemento contratual), função (restabelecimento do sinalagma) e requisitos (vício oculto) entre a ação redibitória e a ação estimatória, a ação de indenização cumulada com a ação estimatória com esteio no art. 443 deve situar o outorgado, contratante fiel, na posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido (interesse positivo), tal qual ocorre no âmbito da ação redibitória.

---

[8] Paulo Mota Pinto, **Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo**, v. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 1639.
[9] Rodolfo Sacco, Giorgio De Nova, **Il Contratto**, t. II, 3ª ed., Turim: UTET, 2004, pp. 672-673 (tradução livre).
[10] Deutscher Bundestag, **Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts**, BT-Drucks. 14/6040, 2001, p. 188.
[11] Ruy Rosado de Aguiar Jr., "A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento", in **Revista de Informação Legislativa**, v. 121, 1994, pp. 211-225, p. 216.
[12] STJ, REsp n. 403.037-SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 28.05.2002, DJ 05.08.2002.
[13] Paulo Mota Pinto, **Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo**, op. cit., p. 1649.

Concorrência entre ação de anulação ou direito a indenização derivado de dolo do outorgante e ações edilícias

Um segundo cenário possível em função do dolo do outorgante é o de que este, conhecendo o vício oculto que recai sobre a coisa, silencie a respeito dele no momento da conclusão do contrato, levando o outorgado a contratar em erro acerca de qualidades do bem. Nessa hipótese, estaria configurado o dolo, enquanto vício do consentimento, em sua modalidade omissiva (art. 147).

Uma questão preliminar que se coloca, nessa situação, é a de saber se estariam presentes, na espécie, apenas vício do consentimento, apenas vício redibitório, ou ambas as figuras. A questão apresenta relevância prática: o prazo decadencial da ação anulatória por erro ou dolo é de 4 (quatro) anos contados da data em que se realizou o negócio jurídico (CC, art. 178, II), prazo significativamente superior aos previstos para as ações edilícias (art. 445).

Segundo parte da doutrina e da jurisprudência, a coexistência de vícios do consentimento e de vícios redibitórios seria impossível. Os vícios do consentimento ocorreriam no âmbito genético do contrato. Os vícios redibitórios, por sua vez, pressuporiam um contrato derivado de manifestação hígida de vontade, mas inadimplido, situando-se na fase de cumprimento do contrato. Em julgado a respeito do assunto, mas reportando-se a alegação de erro, a Min. Nancy Andrighi analisou situação de comprador que adquiriu lote de sapatos e os revendeu, mas teve de devolver o dinheiro aos seus consumidores quando estes constataram que o salto dos calçados quebrava com extrema facilidade, tornando-os inaptos ao uso. A decisão do STJ afirmou que o erro e o vício redibitório não se confundem. O primeiro atua na psique do agente, ao passo que, nos vícios redibitórios, "o contrato é firmado tendo em vista um objeto com atributos que, de uma forma geral, todos confiam que ele contenha. Mas, contrariando a expectativa normal, a coisa apresenta um vício oculto a ela peculiar, uma característica defeituosa incomum às demais de sua espécie", e considerou presente, na espécie, apenas vício redibitório.

Na doutrina, embora poucos cheguem a afirmar categoricamente que as ações edilícias seriam excludentes das ações por erro ou dolo, na medida em que não haveria situação em que ambas as causas de pedir estivessem presentes,[14] é comum que se busque distinguir os fundamentos de ambos os poderes formativos, sem indagar quanto à possibilidade de ambos se mostrarem concomitantemente presentes.[15] De toda forma, parece minoritária no direito pátrio a posição de Pontes de Miranda, para quem seria admissível a concorrência das ações edilícias com a ação de anulação ou indenização fundada no dolo do outorgante, cabendo ao outorgado exercer uma ou outra ação.[16]

A concorrência entre os vícios da vontade e os vícios redibitórios é tratada de forma diversa no cenário internacional. Os Princípios de Direito Contratual Europeu ("PECL"),[17] o

[14] Nesse sentido, Araken de Assis (et. al.), **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, op. cit., p. 324.

[15] Nesse sentido, Custódio de Piedade Miranda, **Comentários ao Código Civil**, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 247 (afastando a possibilidade de considerar o vício redibitório como modalidade de erro); Silvio Rodrigues, **Direito Civil**, v. III, 21ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1993, n. 50, p. 117 (sem afirmar que os institutos são mutuamente excludentes); José Fernando Simão, **Vícios no Produto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Atlas, 2003, pp. 74-81.

[16] F. C. Pontes de Miranda, **Tratado de Direito Privado**, t. 38, Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, §4.240, p. 309.

[17] PECL, art. 4:119: "Remedies for non-performance - A party who is entitled to a remedy under this Chapter [Chapter 4 – Validity] in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy."

Quadro Comum de Referência ("DCRF")[18] e os Princípios UNIDROIT de Direito Contratual[19] admitem a concorrência entre a ação para anulação do negócio jurídico e a ação para cumprimento contratual, conferindo ao outorgado liberdade para buscar uma ou outra tutela jurídica. A diferença é que, enquanto os dois primeiros corpos legislativos (PECL e DCFR) admitem a livre escolha entre as ações, os Princípios UNIDROIT expressamente impedem que a parte em erro anule o negócio jurídico se dispõe de ação para cumprimento contratual (sem nada mencionar a respeito do dolo). Nas discussões preparatórias da CISG, a delegação holandesa, apoiada pelas delegações alemã, italiana e dinamarquesa, propôs a inclusão de dispositivo visando a afastar a admissibilidade da anulação por vícios do consentimento quando estivessem à disposição do outorgado tutelas jurídicas para reagir ao inadimplemento. A proposta foi rejeitada[20] e, por meio da interpretação histórica, extrai-se desse "silêncio eloquente" a conclusão de que no âmbito da CISG seria possível a concorrência de ações.

Essa preocupação presente nas codificações internacionais bem demonstra que os pressupostos do dolo e das ações edilícias podem coexistir, sobretudo quando o alienante conhece o vício ou defeito da coisa (art. 443). Em verdade, essa concorrência de direitos será praticamente a regra. Isso fica claro quando se analisam os requisitos para que esteja configurado o dolo por omissão e se os coteja com os requisitos para a responsabilidade do outorgante no âmbito do art. 443.

Nos negócios bilaterais, o dolo por omissão resta configurado quando uma parte intencionalmente silencia a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado. O negócio será anulável se a parte não teria celebrado o negócio conhecendo a informação omitida (art. 147); se a parte teria concluído o negócio, mas por outro modo, configura-se o dolo acidental em que o *deceptor* responde por perdas e danos (art. 146).

A omissão de esclarecimento, contudo, não é suficiente para que se afirme a ocorrência de dolo omissivo. Haverá dolo apenas quando houver um prévio dever de elucidar.[21] Percebe-se, com isso, que o dolo por omissão conecta-se diretamente ao âmbito de aplicação dos deveres de boa-fé no estágio pré-contratual.[22] Essa relação entre o dolo omissivo e a boa-fé, já apontada sob a vigência do Código Civil de 1916,[23] hoje se mostra evidente à luz do reconhecimento legislativo do dever de boa-fé na conclusão dos contratos (art. 422).

Dessa forma, sempre que a boa-fé negocial impuser ao outorgante um dever de informar, e o outorgante descumprir esse dever, permitindo culposamente que o outorgado conclua o contrato em erro, haverá dolo por omissão.

---

[18] DCFR, Seção II, art. 7:216: "Overlapping remedies - A party who is entitled to a remedy under this Section [Section 2: Vitiated consent or intention] in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy."

[19] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2010, art. 3.2.4: "A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance."

[20] Summary Records of Meetings of the First Committee, 24th meeting, Wednesday, 26 March 1980, at 3 p.m., disponível em: www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting24.html.

[21] Carlos Alberto da Mota Pinto, **Teoria Geral do Direito Civil**, 4ª ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra, 2005, n. 161, p. 523; Paulo Mota Pinto, **Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo**, op. cit., p. 1365.

[22] Eva Sónia Moreira da Silva, **Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação**, Coimbra: Almedina, 2003, p. 110.

[23] Antônio Junqueira de Azevedo, "Rapport Brésilien", in **La Bonne Foi**, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française: Journées Louisianaises, Tome XLIII, Paris: Litec, 1992, pp. 77-84, p. 79; no mesmo sentido, Silvio Rodrigues, **Dos Vícios do Consentimento**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, n. 88, p. 167.

Questão que pode se revelar tormentosa em contratos bilaterais é definir quais informações devem ser transmitidas pelo outorgante e quais devem ser investigadas autonomamente pelo outorgado. Em outras palavras, deve-se traçar a fronteira entre o dever de informar de uma parte e o ônus de se auto-informar de outra.

No direito continental, reconhece-se uma tendência a responder tal questão com auxílio do pensamento econômico, buscando uma maximização da eficiência em termos gerais, tendo em vista que a investigação de informações acarreta um custo negocial. Admite-se o dever de informar quando a informação teria evidente relevância para a decisão de contratar e a contraparte não poderia obtê-la a menos que incorresse em custos muito elevados. Os PECL sugerem ainda que haverá dever de informar tendo em vista a experiência ou domínio técnico do outorgante, o custo de aquisição da informação, e a possibilidade e os custos de o outorgado obter autonomamente a informação em questão (PECL, art. 4:107).

Sob essa perspectiva, tomando-se por base o caso prático apreciado pelo STJ, se o adquirente dos sapatos pudesse demonstrar que, quando celebrou o negócio, o vendedor conhecia o vício dos bens (defeito nos saltos), além de fundamentar a aplicação do art. 443 do CC, o outorgado poderia demonstrar que, na situação concreta, caberia ao vendedor informar a circunstância, por ele conhecida, de que os saltos dos sapatos eram impróprios para o uso, circunstância que os tornava igualmente inaptos para atingir a finalidade contratual, que era sua revenda a consumidores.

Coexistiriam, portanto, o dolo e a responsabilidade por vícios redibitórios. A questão que se coloca é se, nessa situação, o direito brasileiro admite que o outorgado maneje ação fundada no vício do consentimento ou ação edilícia, ou mesmo ambas concomitantemente, ou se haveria uma relação de especialidade entre as ações.

A doutrina alemã entende majoritariamente que as regras relativas à responsabilidade por vícios da coisa estariam em uma relação de especialidade com as regras relativas à anulação por erro, pois forneceriam um mecanismo específico e sujeito a prazos decadenciais diversos para que um mesmo objetivo fosse alcançado.[24] Não haveria tal relação de especialidade em relação ao dolo, contudo.[25] No Brasil, não parece se impor esta relação de especialidade entre as ações edilícias e a ação anulatória por erro, pois são diferentes os seus pressupostos (não se exige cognoscibilidade nas edilícias, por exemplo).[26] De toda forma, no âmbito do dolo por omissão, está em jogo a tutela da livre formação da vontade negocial contra a interferência indevida pelo *deceptor*. Inadmissível, portanto, que o direito de pleitear anulação do negócio jurídico ou reparação de danos em decorrência de dolo seja afastada pela concomitante possibilidade de ingressar com ação edilícia.

Problema relevante que decorre da admissão da concorrência de ações consiste na possibilidade de se contornar o caráter inderrogável da escolha por uma das ações edilícias. Com efeito, a doutrina reconhece que o art. 442 oferece ao outorgado a possibilidade de escolher entre o direito à redibição ou ao abatimento do preço, mas que, feita a escolha, não se pode alterar o pedido, nem mesmo no âmbito de novo processo judicial (*electa una via non datur regressus al alterum*).[27] Entretanto, assumindo-se a concorrência de ações, o outorgado que move ação estimatória poderia ingressar, por exemplo, com ação de anulação do contrato cumulada com pedido de reparação de perdas e danos fundada em dolo, alcançando efeito

---

[24] Martin Josef Schermaier, in Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (hrsg.), **Historisch-kritischer Kommentar zum BGB**, Bd. I, Allg. T., Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, §§116-124, Rn. 76, p. 463.
[25] Helmut Heinrichs, in **Palandt/BGB**, 62. Aufl., München: C. H. Beck, 2003, §123, Rn. 29, p. 99.
[26] Em sentido contrário, J. M. Carvalho Santos, **Código Civil Interpretado**, v. XV, 3ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1945, p. 358..
[27] Araken de Assis (et. al.), **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, op. cit., p. 341.

prático semelhante. Ou então, após o transcurso do prazo decadencial para mover ação edilícia, poderia ingressar com ação de anulação do negócio jurídico (cujo prazo decadencial é de 4 anos, cf. art. 178, II).

Assumindo-se, então, que podem coexistir, de um lado, o direito de anular o negócio por dolo e a pretensão a indenização de perdas e danos sofridas, e, de outro lado, as ações edilícias, competindo ao outorgado escolher entre a ação redibitória ou estimatória, cabe analisar o parâmetro para a reparação caso o outorgado ingresse com ação de perdas e danos tendo por base o dolo, quando estiverem presentes os requisitos de ação edilícia.

A doutrina majoritária aponta que os danos sofridos na fase pré-contratual em decorrência do descumprimento de deveres subordinados à boa-fé objetiva deveriam ser indenizados tomando como parâmetro o interesse negativo.[28] Isso porque perdas e danos derivados das negociações mantidas na fase pré-contratual não teriam por base um contrato válido. Dessa forma, seria de se afastar a possibilidade de indenizar o lesado situando-o na posição em que estaria se o contrato – que ao tempo do dano sequer havia sido celebrado – tivesse sido devidamente cumprido.

Em ordenamentos jurídicos estrangeiros, encontram-se, porém, posições doutrinárias contrárias à relação biunívoca estabelecida entre a responsabilidade pré-contratual e o dever de indenizar o interesse negativo.

Na Itália, parte da doutrina considera que a indenização pelo interesse negativo somente seria adequada para situações de ruptura das negociações, mas não para falhas ao dever de informar, situadas no âmbito pré-contratual, que culminam na celebração de contrato válido (ou inválido, mas anulável, não nulo).[29] Claudio Turco, por exemplo, baseia-se no posicionamento de Heinrich Stoll para caracterizar o processo negocial como "organismo". Com esteio nessa concepção, o autor afirma que quando a violação da boa-fé incide sobre o conteúdo do contrato concluído validamente, a violação ao interesse negativo é formalmente autônoma, mas é absorvida funcionalmente pela responsabilidade pelo inadimplemento.[30] Paulo Mota Pinto, todavia, aponta que essa posição seria minoritária na Itália, relatando orientações doutrinárias em sentido diverso.[31] Em panorama de direito estrangeiro sobre o assunto, refere ainda a prevalência na doutrina francesa pela indenização do interesse negativo, e suíça pelo interesse positivo, quando o dolo na fase pré-contratual leva à conclusão de contrato válido. No direito português, o art. 898 do Código Civil determina que a indenização seria do interesse negativo.

No Brasil, o art. 422 impõe o dever de atuação de boa-fé tanto na conclusão quanto na execução do contrato. Interpretando esse artigo, foi aprovado na I Jornada de Direito Civil do STJ o enunciado 24, segundo o qual "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa". Igualmente, já decidiu o STJ que "a violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa".[32]

---

[28] Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo, "Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum", in **Estudos e Pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 173-183, p. 175.

[29] Para ampla discussão sobre o tema, cf. Manuela Mantovani, **"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio**, Turim: Giappichelli, 1995, pp. 180-186.

[30] Claudio Turco, "L'interesse negativo nella *culpa in contrahendo*", in **Rivista di Diritto Civile**, n. 2, 2007, pp. 165-195, p. 195.

[31] Paulo Mota Pinto, **Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo**, Coimbra: Coimbra, 2008, p. 1371-1372, nota 3863.

[32] STJ, REsp n. 595.631-SC, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.06.2004, DJ 02.08.2004.

Não se pode afirmar, porém, que todo descumprimento de dever lateral decorrente da boa-fé constitui inadimplemento. Caso ainda não se tenha constituído contrato válido, a responsabilidade terá natureza extracontratual, calcada no art. 186 c/c art. 927. Dessa forma, a afirmação lançada no enunciado e no julgado do STJ deve ser entendida como dizendo respeito somente aos deveres laterais oriundos de contrato válido, mas não àqueles impostos pela boa-fé na fase pré-contratual.

Percebe-se, assim, que nas ações movidas tendo por base o dolo, mesmo quando presentes os requisitos para mover ação edilícia, o dever de indenizar deve ser pautado pelo interesse contratual negativo.

Resposta: o dolo do outorgante nas ações redibitórias (art. 443) fundamenta o dever de indenizar pelo interesse positivo tanto na ação redibitória quanto na estimatória. Todavia, caso estejam presentes os requisitos do dolo enquanto vício do consentimento (art. 145 ss), o outorgado poderá ingressar com ação de anulação ou de responsabilidade em face do outorgado, mas, caso tenha sofrido perdas e danos, será indenizado pelo interesse negativo.

24. Interpretação do art. 446. A simples pactuação de cláusula de garantia presume a exclusão da regra prevista no dispositivo? O prazo decadencial de 30 dias se refere à garantia legal ou à convencional? As partes podem ampliar o prazo com arrimo no art. 211?

O art. 446 estabelece prazo de 30 dias, contados do descobrimento do vício oculto, para que o outorgado denuncie, ao outorgante, a existência do vício. A questão que se coloca é a de saber se, pactuando uma cláusula de garantia e não regrando a forma de notificação de vícios, pode-se presumir que as partes não desejam exigir a notificação como requisito para a obtenção do direito à garantia. Para tanto, é preciso preliminarmente determinar se o prazo decadencial de notificação poderia ser consensualmente alterado ou afastado.

De acordo com a regra geral do Código Civil, é nula a renúncia a prazos decadenciais fixados em lei (art. 209). Os prazos decadenciais fixados em lei presumivelmente resguardam o interesse público na estabilidade das relações jurídicas, razão pela qual o juiz deve conhecer de ofício da decadência legal (art. 210), não se aplicando à decadência as normas gerais sobre impedimento, suspensão ou interrupção de prazos aplicáveis no âmbito da prescrição (art. 207).

Ocorre que, ao lado dos prazos decadenciais legais, o Código Civil passou a admitir no art. 211, *a contrario sensu*, a possibilidade de previsão de prazos convencionais de decadência, possivelmente inspirado pelo disposto art. 2965 do *codice civile*[33]. A decadência convencional diferencia-se da decadência legal na medida em que, por meio daquela, são resguardados apenas direitos patrimoniais disponíveis. O juiz não pode suprir a alegação de decadência convencional (art. 211).

Sob o Código Civil, portanto, há dois regimes diversos. O primeiro é o da decadência legal. Esse regime decorre da lei, é cogente e autoriza o conhecimento de ofício por parte do magistrado. O segundo é o da decadência convencional. Este decorre mediatamente da lei, mas imediatamente da estipulação contratual, e não atende a um interesse público, razão pela qual não pode ser conhecida de ofício.

A cláusula de garantia é estabelecida contratualmente para que as partes regulem interesse disponível. Isso não obstante, a decadência, no caso, é fixada na lei. Submete-se, com isso, ao regime cogente previsto para a decadência legal. Surge, com isso, uma situação aparentemente contraditória: de um lado, o Código Civil concede às partes autonomia para disciplinar um prazo de garantia convencional; de outro, erige ao *status* de norma de interesse

[33] *codice civile*, art. 2965: Decadenze stabilite contrattualmente. È nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto.

público e indisponível o ônus de notificar o vício em 30 (trinta) dias.[34] Insista-se, nessa altura, que a decadência prevista em lei é irrenunciável.

Pode-sequestionar se seria admissível, ainda assim, cogitar a viabilidade de alteração do prazo decadencial. Um possível argumento nesse sentido seria fundado na consideração de que, no regramento da decadência, inexiste regra similar à do art. 192, segundo o qual "os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes". A partir de uma intepretação a *contrario sensu* do art. 192, seria possível afirmar que prazos decadenciais podem ser alterados convencionalmente.

Esse argumento, contudo, não convence. O regime da decadência legal, já se afirmou acima, é pautado pela tutela do interesse público. Ademais, se as partes não podem renunciar à decadência (art. 209), tampouco podem alterar sua extensão. Acertada, portanto, a afirmação de que "[q]uando os prazos decadenciais forem estabelecidos por lei não poderão as partes promover o seu aumento ou redução, tendo em vista os interesses de ordem pública que fundamentam o instituto".[35]

De lege lata, a resposta à pergunta é negativa. Além de se considerar que a simples pactuação de garantia não presume um afastamento do prazo decadencial, avalia-se que, por se tratar de prazo decadencial legal, ele não pode ser renunciado, estendido ou reduzido em sede de negócios jurídicos.

De lege ferenda, contudo, a orientação do Código Civil é criticável. Nem todas as hipóteses de decadência encontradas na lei tutelam interesses públicos. O prazo da decadência na garantia convencional o exemplifica. Não há necessidade da intervenção legislativa para impor um ônus de notificar em prazo curto e que, por sinal, nem mesmo na garantia legal é imposto (e que poderia ser útil, por exemplo, no caso de vício em imóvel). Há uma intervenção em matéria que poderia ser relegada à vontade das partes. Dessa forma, apesar de tutelar um interesse patrimonial disponível, o prazo decadencial para notificação é imposto como norma cogente.

O Código Civil, neste particular, inspirou-se incompletamente no regime italiano e deixou de prever regra semelhante à prevista no art. 2968 do *codice civile*. Seu teor é o seguinte: "*Le parti non possono modificare la disciplina legale della decadenza né possono rinunziare alla decadenza medesima, se questa è stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti*." Lido *a contrario sensu*, este artigo permite que não somente sejam criados novos prazos decadenciais (o que nosso Código Civil admite), mas que os prazos decadenciais legais sejam alterados ou afastados quando esteja em questão interesse disponível.[36]

Com uma regra semelhante à constante no artigo italiano mencionado, o Código Civil brasileiro passaria a contar com uma válvula de escape para adequar os efeitos cogentes da decadência legal às situações concretas que procura regrar e aos interesses que tutela quando estabelece hipóteses de decadência legal, como ocorre no art. 446.

---

[34] Tensão semelhante parece permear o regime dos vícios do produto no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a possibilidade de contratação de cláusula de garantia e concomitantemente, a incidência de exíguos prazos decadenciais (art. 26). Veja-se, nesse sentido, trecho da ementa de acórdão do STJ: "O prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto – a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal". STJ, REsp n. 987.106-SC, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.10.2012, DJ, 20.11.2012.

[35] Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, **Código Civil Interpretado**, v. I, 2º ed. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 424.

[36] Andrea Magazzù, "Decadenza (Diritto Civile)" (voce), in **Novissimo Digesto Italiano**, v. 5, Turim: UTET, 1957, pp. 231-239, p. 239.

O prazo decadencial de 30 dias se refere a garantia legal ou convencional?

O teor literal do art. 446 indica que tal prazo decadencial incide apenas sobre a garantia convencional. O problema dessa interpretação é de que dela podem decorrer situações incoerentes. Pense-se, por exemplo, na compra e vende de um bem imóvel, cujo contrato define um período de cinco anos durante o qual qualquer vício oculto será de responsabilidade do vendedor. Na a constância da cláusula de garantia, o adquirente teria o ônus de notificar o vício ao vendedor em prazo não superior a 30 dias contatados da sua manifestação (art. 446). Contudo, após o término dos 5 anos, passa a correr o prazo decadencial legal, de 1 ano, no qual não mais se exige a observância do ônus de notificação em 30 dias da descoberta do vício. Caso o adquirente descobrisse um vício oculto 5 anos e 11 meses após celebrar o contrato (ainda no prazo do art. 445, §1º), teria prazo suplementar de um ano para manejar as ações edilícias (art. 445, *caput*)[37], sem necessidade de notificar a descoberta do vício oculto. Essa divergência de pressupostos não é fundamentada nem lógica, nem teleologicamente. Não há fundamento para que se imponha determinado ônus na vigência da garantia convencional, mas não o mesmo ônus no curso da garantia legal, sobretudo quando o prazo desta passa a fluir após o decurso do prazo da garantia convencional, durante o qual o outorgado esteve adstrito ao ônus.

Para solucionar a divergência, uma possibilidade seria uniformizar o regime, interpretando extensivamente o art. 446 para afirmar que tanto no regime legal quanto no convencional deveria ser observado o ônus de notificar o vício nos trinta dias subsequentes à sua descoberta.

Contudo, esta solução não teria fundamento legal, pois o ônus previsto no art. 446 impõe condições ao exercício do direito à garantia convencional, mas não à legal, que está prevista no art. 445. É, *de lege lata*, inadmissível. Para além do argumento literal, ademais, percebe-se que a divergência entre os regimes de notificação na garantia legal e convencional não tem um objetivo claro, não protege um interesse digno de tutela, e impõe um ônus que provavelmente não seria negociado pelas partes, caso elas tivessem se proposto a tanto.

De lege ferenda, para solucionar a divergência entre os regimes da garantia legal e convencional, o melhor seria reconhecer a natureza de interesses privados disponíveis tutelados no âmbito da garantia convencional, autorizando as partes a afastar o ônus de notificar previsto no art. 446, que já não existe na garantia legal, também durante a vigência da garantia convencional.

As partes podem ampliar o prazo com arrimo no art. 211?

Tendo em vista o rígido regime da decadência legal, a decadência convencional apresenta, no direito brasileiro, caráter supletivo. Dessa forma, podem ser criadas novas hipóteses de decadência convencional. Entretanto, tendo em vista a tutela presumida do interesse público no âmbito das hipóteses de decadência legal e o teor do art. 209, que considera nula a renúncia à decadência fixada em lei, não se pode admitir a redução ou ampliação do prazo decadencial previsto no art. 446.

Resposta: A pactuação de cláusula de garantia não exclui a regra decadencial prevista no art. 446, o prazo decadencial refere-se apenas à garantia convencional e as partes não o podem ampliar ou reduzir.

[37] Considerando que, após o esgotamento do prazo de garantia contratual, inicia-se o prazo de garantia legal (ou seja: que o prazo convencional não afasta o legal).