

PROF. GINO GORLA

TEORIA E PRÁTICA DA COMPRA E VENDA

Tradução, com referências de direito brasileiro,
por

ALCINO PINTO FALCÃO

II VOLUME

DEDALUS - Acervo - FD



20400002802

1960

JOSE' KONFINO — Editor
Av. Erasmo Braga, 227 — 1º andar
Rio de Janeiro
Caixa Postal, 2746

COLABORE COM A BIBLIOTECA

NEC taça e notações nos
livros emprestados, conservar
os em lugar e para evitar
extravio dos livros no
prazo determinado.

CAPÍTULO IV

RESERVA DE DOMÍNIO *

239. Natureza. — 240. A condição. — 241. A posse e o gôzo. — 242. Resolução por inadimplemento: sorte das prestações pagas. — 243. Função prática e efeitos. — 244. Es- tipulação, forma. — 245. Campo de aplicação. — 246. O problema do risco. — 247. Extinção da reserva.

239. *Natureza.* — A reserva de domínio ou do direito vendido em gênero, é uma *lex* do ato dispositivo, como o pato de resgate, mediante a qual o disponente limita a eficácia da dis- posição; a limitação tanto pode consistir num termo como em uma condição, isto é, a propriedade pode ser reservada até cair o termo ou dar-se o implemento de uma condição (1).

(*) BONELLI, na *Rev. dir. com.*, 1904, I, 98; II, 534 e, *ib.*, 1912, I, 492; ASCOLI, em *Estudos Senenses*, 1906, 3, 191 e no *Foro*, 1912, 214; DUSI, na *Rev. dir. com.*, 1907, II, 539; MONTESSORI, *ib.*, 1908, II, 577; FERRARA, F. no *Foro*, 1911, 494; AMIGONI, DEGNI, no *Apêndice a BAU-DRY-LACANTINERIE, Venda*, pág. 1055 e seguintes; FINZI, no *Dir. fal.*, 1928; MONTEL, no *Anuário de direito comercial*, VIII, fasc. 3; TORRISI, *A venda a prestações*, Roma, 1933; M. FERRARA, *A venda a prestação com re- serva de propriedade*, Nápoles, 1934; RUEHL, *Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft*, nos *Arquivos para a prática civil*, 1934, 201 e se- guintes; SPIRO, na *Rev. dir. civ.*, 1935, 516 (sobre os conflitos de lei na matéria).

(1) A questão da validade da reserva pertence já agora à história.

Contrários: BONELLI, que em parte aderiu em 1912; GIANTURCO, pág. 172; Apelação de Milão, 6 de julho de 1904 (*Rev. dir. com.*, II, 534);

Entre as várias limitações, em que consiste a reserva, na prática interessa aquela de reserva até o pagamento do preço.

Apenas a distinção entre contrato e ato dispositivo (n.ºs. 2 e 5) pode explicar a estrutura e a função hodierna da relação. Na verdade: quando os dois atos se confundem na venda real em sentido técnico, o pagamento do preço não implica em execução, mas sim é elemento constitutivo do negócio de simples câmbio; não há, pois, negócio, se não houver o pagamento ou um seu subrogado (documento de débito, *salisdatio*, etc.). A regra da suspensão da transferência até o pagamento do preço, que se encontra nos direitos pós-clássico, bárbaro e Justiniano, tem esta natureza e esta função (suso, n.º 1).

Mas a natureza e a função desta velha regra são profundamente diversas das do nosso moderno pato que inere à venda contrato: lá se tratava de uma função constitutiva do negócio, aqui o pato diz respeito, ao invés, ao momento executivo do negócio obrigatório já perfeito e tem função de garantia do vendedor.

E' de mistér, portanto, ser cauteloso no buscar liames históricos para o nosso pato nos sistemas jurídicos superados, da venda real em sentido técnico. Mais luz se poderia conseguir do direito romano clássico, se verdade que ainda aqui, ao menos para a *res manceipi*, a propriedade não passava ao comprador senão com o pagamento do preço (2): então a reserva, seria elemento essencial da transferência, teria to-

idem, de Turim, 1.º de maio de 1908 (*Mon. trib.*, 775); Cassação de Turim, 30 de janeiro de 1909 (ib., 386); Apelação de Bari, 3 de maio de 1926 (*Rep. Foro*, n.ºs 69 e 70). Simples objeções em CARNELUTTI, *Teoria jurídica da circulação*, Pádua, 1933, pág. 78, n.º 1.

Pela validade, cf., todos os demais autores citados na supra bibliografia e as sentenças infra citadas. Portanto, inútil recorrer à ficção (PLANTOL, X, n.º 218) de uma locação seguida de venda: TARTUFARI, n.º 20.

(2) ARCHI, *Transferência da propriedade*, n.º 1, nota 1.

cado o momento executivo do contrato de venda e não o próprio contrato, o ato obrigatório, em si já perfeito.

A natureza do nosso pato se descobre, portanto, mediante estes dois pontos de referência: 1.º, distinção entre contrato e ato translativo (supra, n.º 2 e seguintes); 2.º, pressuposto, a fim de que o pato satisfaça seus efeitos, que o ato dispositivo haja sido completado, contextual ou sucessivamente (por exemplo, venda de gênero) ao contrato (3). Agora o pato se apresenta como uma *lex* do ato translativo (em execução do contrato), não do contrato; o contrato é puro, sem limitações, insensível à sorte do pato (4); de outra forma o adimplemento da obrigação (do comprador) funciona como limitação, condição ou

(3) Claramente, M. FERRARA, *Venda a prestação*, págs. 55 e 106.

(4) E' esta a opinião dominante, embora nem sempre de modo claro expressa. Claramente: F. FERRARA, no *Foro*, 1911 (a sua alusão a um reenvio do ato translativo, pág. 503, é mera aparência, desmentida quanto ao mais pelo seu trabalho); ASCOLI, no *Foro*, 1912; M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 56 e segs.

Costuma dizer-se, no fundo com exatidão, que se tem uma venda pura quanto aos efeitos obrigatórios (*rectè*, quanto ao contrato) e condicionada quanto aos efeitos reais (*rectè*, quanto ao ato translativo): TARTUFARI, n.ºs. 20, 217 e 275; VIVANTE, IV, n.º 1643; CARIOTA FERRARA, *Negócios sobre o patrimônio alheio*, pág. 255 nota (o que não sóa bem com a sua tese da natureza exclusivamente real, quanto ao transferência, da venda: supra, n.º 2); Tribunal de Roma, 8 de agosto de 1904 (*Rep. Foro*, n.º 15); Cassação de Florença 17 de fevereiro de 1920 (ib., n.º 42); Apelação de Bolonha, 30 de novembro de 1925 (*Jur. tor.*, 1926, 491); idem, de Catânia, 26 de janeiro de 1926 (*Rep. Foro*, n.º 124); idem, de Bari, 4 de fevereiro de 1927 (ib., n.º 105); Cassação, 15 de fevereiro de 1929 (ib., n.º 101); idem, 20 de maio de 1931 (*Foro*, 1218); idem, 16 de janeiro de 1931 (*Rep. Foro*, n.º 51); idem, 21 de julho de 1936 (*Mass. Foro*, 527).

Quem não consegue cindir na própria expressão "vendo" a declaração contratual da translativa (supra, n.º 2), fala, sem dúvida com inexactidão, de venda obrigatória a execução sucessiva (DEGNI, *Adição a BAUDRY-LACANTINIERE, Venda*; BONELLI, na *Rev. dir. com.*, 1912) ou de contrato a formação sucessiva (FINZI, no *Dir. ful.*, 1928, 27 e segs.).

térmo, do negócio (o contrato) fonte da própria obrigação (5); de outra forma, ainda, contra a clara intenção das partes, o inadimplemento do comprador, concebido como condição suspensiva, tornaria nenhum o contrato.

Trata-se agora de ver qual é o conteúdo do pato, que figura assume o pagamento do preço: condição suspensiva ou térmo?

Poder-se-ia ainda pensar num térmo *certus an incertus quando* (6); ou a uma condição resolutiva (da transferência) (7); mas é mais aderente à representação das partes a idéia da condição suspensiva (8).

Esta condição suspensiva, porém, não tem efeito retro-ativo (9), pois que isso corresponde à intenção das partes e

Falam ao invés genericamente e de modo errôneo de condição suspensiva aposta ao contrato: LORDI, nº 98; Apelação de Catânia, 26 de janeiro de 1926 (*Rep. Foro*, nº 124); Cassação, 20 de fevereiro de 1927 (*Jur. it.*, 438); idem, 21 de março de 1931 (*Foro*, 738); Apelação de Milão, 8 de março de 1935 (*Mon. trib.*, 726).

(5) M. FERRARA, *Venda a prestação*, págs. 14-15 e 56. Objeção oponível também a DEGNI, pág. 127, o qual considera que a condição não afeta a relação obrigatória, mas após diz que, verificando-se o inadimplemento, cai com a transferência toda a relação (ver, infra, nº 242, nota 2).

(6) BECHMANN, III, § 314; ASCOLI, em *Estudos Senenses*, 1906 mas, depois, no *Foro*, 1912, pela condição suspensiva; DEGNI, pág. 128; LORDI, ns. 90 e 97; e eu mesmo no meu *Risco e perigo*, nº 199. Um aspecto na L. 17, D., *de peric. et comm.*, 18, 6: *donec pretium solveret*. Pela idéia de um térmo "certo e expresso": TORRISI, *Venda a prestação*, págs. 29-37 (que confunde contrato e ato translativo).

(7) WINDSCHEID, § 172; DE CRESCENZIO, no *Foro*, 1887, 47.

(8) PUCHTA, *Pandectas*, § 148; F. FERRARA, ASCOLI, M. FERRARA, TARTUFARI, VIVANTE e sentenças citadas na nota 4.

(9) *Contra*: TARTUFARI, nº 217 e M. FERRARA, *Venda a prestação* (os quais, todavia, reconhecem que as partes bem podem negar o efeito retroativo); Cassação, 24 de fevereiro de 1927 (*Jur. it.*, 438). Para a concepção do térmo inicial, que responde à exigência do texto, ver, supra, nota 6.

ao teor da cláusula (a propriedade passa apenas, *donec*, no momento do pagamento do preço); e de outro lado, é duvidoso se a regra da retroatividade, sempre derogável (10), ditada no artigo 1170 para o negócio obrigatório, se possa transportar ao campo do negócio translativo. Portanto, verificando-se a condição, se tem uma propriedade a térmo final para o vendedor e uma a térmo inicial para o comprador (11); o inverso de quanto sucede pelo pato de resgate (supra, nº 227).

Recentemente se afirmou que a venda com reserva de domínio, mais do que venda, é um contrato misto (de duração): de venda e locação, se quem compra não é comerciante (o chamado *Abzahlungsgeschäft* alemão); de venda e de comissão por conta própria, se comprador for um comerciante. E isto porque no primeiro caso, além da obrigação de não alienar (nº 241), aí haveria relação de gozo intermediário (nº 241); no segundo, a autorização para alienar (nº 245); em qualquer caso, por que faltaria a obrigação do vendedor de procurar o evento aquisitivo da propriedade (nº 42) (12).

Em contra, pode objetar-se: 1º, que as ditas relações estão ao lado da venda, com a qual não se fundem; 2º, que a relação de gozo adquiere autonomia somente no caso de inadimplemento do comprador; 3º, que a sub-alienação, por parte do comprador comerciante, funciona como limite objetivo da reserva (nº 245); que, finalmente, a obrigação do vendedor se cumpre com o ato translativo a térmo ou *sub condicione* (nºs. 204 e 205) (13).

(10) Cf., N. COVIELLO, *Manual de direito civil*, 3a. edição, pág. 438.

(11) Cf., sobre o tema: ALLARA, *A propriedade temporânea*, no *Circ. jur.*, 1930, nº 2; o meu *Risco e perigo*, nº 194.

(12) ASCH, no *Arq. para a prática civil*, 1934, págs. 214 e 226-227. *Contra*: a opinião aí dominante e RÜHL, op. cit., pág. 235.

(13) RÜHL, pág. 205.

240. *A condição.* — O evento condição pode conceber-se em dois sentidos: pagamento do preço no vencimento ou pagamento do preço ainda em um momento sucessivo. Neste segundo caso se tem uma condição do tipo de falta de um termo para verificar-se a condição. A vontade normal das partes (questão de fato) é neste segundo sentido. (1) : de outra forma a simples inadimplência do comprador (talvez solvável) no vencimento importaria deficiência da condição e daí nulidade do ato translativo, com a consequência anti-prática de que o vendedor, que não quisesse resolver o contrato, para dar-lhe execução deveria renovar o ato translativo.

Assim não se poderá dizer falha a condição, a não ser quando estiver certo de que o pagamento do preço não poderá mais ocorrer. O que não se dará quase nunca na prática: a transferência destinar-se-á a permanecer sempre em suspenso; mas isto não prejudica o vendedor, o qual, quando quiser liberar-se definitivamente, deverá pedir a resolução do contrato (ver, nº 242).

241. *A posse e o gôzo.* — Não há que confundir a condição que afete a transferência da propriedade, de que falamos no número precedente, com o regulamento que as partes dêem à eventual transferência da posse.

A concessão da posse ao comprador dá-se a título precário e sob a condição *resolutiva* da falta de pagamento do preço no vencimento ou de um uso da coisa contrário ao patuado. A condição se verifica com a simples inadimplência no termo fixado; mas o seu verificar não se deve identificar com o falhar da condição suspensiva que afeta a transferência da propriedade: a transferência permanece ainda em suspenso (ver nº

(1) De acordo: F. FERRARA, no *Foro*, 1911, já citado; M. FERRARA, *Venda a prestação*, págs. 66-67 e 99.

precedente) (1). Tanto assim que pelo inadimplemento no vencimento o vendedor poderá repetir a posse, sem tocar no estado de transferência do domínio e isso com duas ações a eleger: uma pessoal, derivante da resolução da concessão precária da posse e a outra reivindicatória, com fulcro na propriedade ainda em mãos do vendedor em suspenso e sem que com isso anule o ato translativo condicional. Inútil dizer que estas duas ações deixam intacto não apenas o ato translativo, mas também o contrato (2).

O comprador é um precarista (3), adstrito a restituir a posse, se não pagar no vencimento ou se usar da coisa de modo contrario aos patos. Como tal, não pode usucapir a coisa (4) e pode responder por apropriação indébita.

Quanto ao gôzo da coisa, êsse é usualmente regulado por patos apostos, os quais são no sentido, por vêzes, de que o comprador goza dos frutos até o momento da repetição ou da reivindicção da coisa, imputando-lhes o valor das prestações a pagar. Em falta de patos, os frutos como accessão da coisa são infletidos pela reserva de domínio: serão do vendedor até o pagamento do preço (5).

(1) Cf., embora não claro, PLANCK, § 455, 2 a. — A respeito do uso conformemente aos patos, o comprador não tem uma obrigação de custódia (*contra*: ASCH, citado), mas um encargo, a fim de que não se verifique a dita condição resolutiva.

(2) ASCH, pág. 214. Nem sempre claros os autores: cf., ainda para o equívoco, a *Rel. Centro Studi*, pág. 19.

(3) As propostas da referida Relação invocam as obrigações do depositário.

(4) M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 108. — *Contra*, pela necessidade do pagamento das prestações aos fins de impedir o usucapião (artigo 2129?): Cassação de Roma, 15 de fevereiro de 1909 (*Foro*, 366).

(5) Conforme, M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 90.

242. *Resolução por inadimplência: sorte das prestações pagas.* — A resolução por inadimplência e o pato de reserva de domínio são dois institutos que têm estrutura e função muito diversa: e isso por não se atribuir à resolução por inadimplência o efeito retroativo real (1) (supra, nº 5).

A resolução investe apenas contra o contrato e não contra o ato translativo (supra, nº 5) e serve para desfazer a parte de vínculo obrigatório, do contrato, com os deveres consequentes de restituição em pristino. O pato de reserva de domínio inflete sobre o ato translativo (momento executivo) e não no contrato; tanto assim que o exercício das faculdades dele derivantes, como a própria reivindicação, deixa de per si subsistir o contrato (ver nº precedente), suscetível de execução também a pedido do comprador (nº 239), conformemente aos intentos práticos das partes (2).

Para atingir a resolução o vendedor pode invocar o eventual pato comissório expresso (3).

(1) De fato, se a resolução tocassem também o ato translativo (efeito retroativo real), bem pequena seria a diferença prática, em especial quanto ao pato comissório expresso, ao menos nos confrontos dos terceiros (entre as partes o exercício do pato de reserva de domínio apresenta talvez a utilidade de deixar intacto o contrato).

(2) F. FERRARA, no *Foro*, 1911; ASCOLI, no *Foro*, 1912; M. FERRARA, *Venda a prestações*, págs. 62 e 93; TORRISI, *Venda a prestações*, págs. 36-37. Naturalmente, em caso de falência, não será o vendedor a exigir a execução e a dar a coisa para haver moeda falencial; mas poderá fazê-lo, o curador, oferecendo o preço integral: M. FERRARA, pág. 147; Cassação, 24 de janeiro de 1927 (*Jur. it.*, 250); idem, 14 de julho de 1930 (ib., 1931, 145). — *Contra*: Apelação de Milão, 15 de março de 1928 (*Jur. reg.*, 238); LORZI, nº 99; DEgni, pág. 127, nota 5.

(3) Concorde, no que toca à distinção entre resolução por inadimplimento e pato de reserva de domínio: F. FERRARA, ASCOLI, M. FERRARA, citados no nº 239, nota 4; Apelação de Bari, 4 de fevereiro de 1927 (*Rep. Foro*, nº 105); idem, de Florença, 5 de março de 1933 (*Mon. trib.*, 751); que admite a coexistência entre pato comissório e pato de reserva de domínio; Cassação, 26 de janeiro de 1933 (*Rep.*

O pato de reserva de domínio não inclui em si o pato comissório (4), pôsto que na prática se encontre com frequência a estipulação de um ao lado de outro (por isso o § 455 alemão o subentende); mas ainda então o exercício do pato de reserva de domínio não implica exercício do pato comissório, isto é, manifestação da vontade de resolver o contrato (*cf.*, sentença citada na nota 2). As prestações já pagas, até que o vendedor não se decida pela resolução, ficam em seu poder, mesmo que feita a entrega da posse (e isso porque uma coisa é resolução e outra reserva de domínio). Vice-versa, resoluto o contrato, as ditas prestações deverão ser restituídas, salva a compensação com o débito do comprador pelo ressarcimento dos danos (nêlo compreendido o aluguel pelo gôzo fruído pelo comprador) e salvo o pato (5) de reserva das prestações a favor do vendedor. Êste pato via de regra é uma cláusula

Foro, nºs. 284-286); idem, 22 de janeiro de 1929 (ib., nº 96): esta não admitindo tal coexistência.

Ao invés, confundem os dois institutos: DEgni, págs. 131-132, MOSSA, na *Rev. dir. com.*, 1915, I, 249; Apelação de Palermo, 7 de fevereiro de 1898 (*Foro*, 824); idem, de Milão, 3 de julho de 1924 (*Rep. Foro*, nº 85); enquanto afirma que o retirar da coisa preclui a ação para a execução do contrato; Tribunal de Terni, 30 de maio de 1924 (ib., 1926, nº 126); que da assimilação entre pato de reserva de domínio e artigo 1165 se vê constrangida a negar ao vendedor a repetição da coisa na falência.

(4) Conforme, implicitamente: Apelação de Florença, 5 de março de 1933 (*Mon. trib.*, 751), retro citada.

(5) E' de mistér o pato anexo, de outro modo vale apenas a compensação das prestações com os danos demonstrados: Apelação de Bari, 22 de janeiro de 1926 (*Rep. Foro*, nº 110); Cassação, 1º de dezembro de 1930 (*Foro*, 1931, 163); idem, 14 de julho de 1934 (*Jur. it.*, 1238); Apelação de Lecce, 11 de maio de 1934 (*Rep. Foro*, nº 88); idem, de Catanzaro, 6 de setembro de 1934 (ib., 1935, nºs 73-76); idem, de Milão, 5 de fevereiro de 1935 (*Foro*, 1269). — *Contra, a priori*, por um direito de reter as prestações: Apelação de Turim, 19 de junho de 1928 (*Mon. trib.*, 1929, 429); Tribunal de Veneza, 22 de janeiro de 1931 (*Rep. Foro*, nº 277); Apelação de Messina, 17 de julho de 1933 (ib., 1934, nº 84).

penal, como liquidação *a forfait* do dano, não reduzível (6); a qual pode ter dois sentidos: ou liquidação *a forfait* de todos os danos mesmo imprevisíveis, ou liquidação apenas dos danos normais previsíveis, o que se costuma expressar com a cláusula "salvo os danos ulteriores" (7).

(6) M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 179 e segs.; LORDI, nº de 1928 (*Rep. Foro*, nº 134); Tribunal de Bari, 23 de fevereiro de 1927 (*ib.*, nº 140); Apelação de Roma, 16 de novembro de 1929 (*Jur. it.*, 1930, I, 2, 71); Cassação, 1º de dezembro de 1930 (*Foro*, 1931, 163); Tribunal de Roma, 4 de dezembro de 1931 (*Rep. Foro*, 1932, nº 63); Cassação, 14 de julho de 1934 (*Jur. it.*, 1238): jurisprudência prevalente.

Contra, pela reducibilidade da cláusula penal, se iníqua no concreto (p. ex., resolução por inadimplemento na última prestação): DE RUGIERO, *Compra e venda*, pág. 52; Apelação de Parma, 27 de junho de 1911 (*Foro*, 1152); Cassação de Roma, 7 de maio de 1912 (*ib.*, 577); Apelação de Roma, 4 de abril de 1929 (*Jur. it.*, I, 2, 399); todas sobre a base do artigo 1214: mas neste a cláusula penal é estabelecida propriamente em previsão do inadimplemento parcial (de acordo, M. FERRARA e Apelação de Roma, 14 de novembro de 1929, já citados).

Por uma limitação até o indébito enriquecimento e em base ao artigo 1214, TORRISI, op. cit., págs. 151-153.

Por uma *questio facti* (reducibilidade se se trata de correptivo pelo uso da coisa ou de cláusula penal imprópria; irreducibilidade, se de cláusula penal própria); DEgni, pág. 135 e segs.

Pela negação de uma verdadeira e própria cláusula penal no pato em exame: Apelação de Roma, 4 de abril de 1929 (*Jur. it.*, 399) e Cassação, 22 de julho de 1933 (*Rep. Foro*, nºs 43 e 44).

Sobre os inconvenientes e sobre os abusos da cláusula, cf. *Relazione Centro Studi Vendita a rate*, págs. 11 e segs. e as propostas de reforma aí aventadas. Cf. também, o Projeto de código comercial, de 1922, artigo 460 e segundo Projeto, artigo 339; projeto italo-francês das obrigações, artigo 331.

(7) *Contra*: DEgni, págs. 137-138, para o caso de cláusula penal própria. Conforme: M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 178 e segs. Danos ulteriores seriam, em tal sentido, aqueles derivantes da detenção abusiva por parte do comprador após da reivindicação do vendedor: Cassação, 1º de dezembro de 1930 (*Jur. it.*, 1931, 630) e Apelação de Roma, 14 de novembro de 1929, citado na nota retro ou do pericilamento anormal (*Relazione Centro Studi, Vendita a rate*, pág. 10).

Não creio que em caso de resolução o comprador tenha direito de retenção (8).

242 bis. O TRADUTOR. — A sorte do contrato e a questão das prestações pagas foram reguladas no código de processo civil brasileiro, cujo título VIII do livro IV (artigos 343 e 344) é do teor seguinte:

TÍTULO VIII

DAS VENDAS A CRÉDITO COM RESERVA DE DOMÍNIO

Art. 343. Nas vendas a crédito de coisa móvel, com a cláusula de reserva de domínio, o vendedor poderá, por meio da ação que competir ao título de crédito, exigir o pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 1º Se a ação competente se iniciar pela penhora da coisa vendida, qualquer das partes poderá requerer, no curso do processo, a venda imediata em leilão.

§ 2º O leilão será anunciado:

- a) três (3) vezes seguidas, em qualquer dos jornais diários de maior circulação;
- b) uma vez, nas comarcas onde não se editar jornal diariamente;
- c) por editais afixados na sede do juízo, nas comarcas onde não houver jornal ou quando ocorrer a hipótese da letra b.

§ 3º O produto do leilão será depositado, nele subrogando-se a penhora.

Art. 344. Em caso de mora de pagamento imputável ao comprador e desde logo provada com o título e respectivo instrumento de protesto, o vendedor poderá requerer previamente a apreensão e depósito judicial da coisa vendida, independentemente de audiência do comprador.

(8) *Contra*: Apelação de Florença, 20 de fevereiro de 1934 (*Rep. Foro*, nº 95).

§ 1º No mesmo despacho em que ordenar o depósito, o juiz nomeará perito, que procederá à vistoria da coisa e arbitramento do seu valor, descrevendo-lhe o estado e individuoando-a com todos os característicos, modelo, tipo e número indelevel, se houver.

§ 2º Feito o depósito, o comprador será citado para, em cinco (5) dias, oferecer a defesa.

§ 3º Nesse prazo, o comprador, que houver pago mais de quarenta por cento (40%) do preço, poderá requerer ao juiz que lhe conceda trinta (30) dias para reaver a coisa, mediante pagamento das prestações vencidas, juros e custas.

§ 4º Se o réu não contestar, ou não pedir a concessão do prazo referido no parágrafo anterior, ou se o prazo decorrer sem que seja feito o pagamento, o autor poderá requerer, mediante apresentação dos títulos vencidos e vincendos, a reintegração imediata na posse da coisa depositada.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, descontada do valor arbitrado a importância da dívida, acrescida das despesas comprovadas, judiciais e extra-judiciais, o autor restituirá o saldo ao réu, pelo processo estabelecido para a consignação em pagamento.

§ 6º Se contestada, seguirá a ação o curso ordinário, sem prejuízo da reintegração preliminar.

243. *Função prática; efeitos.* — O pato torna possível cumprir o ato translativo antes do pagamento do preço sem que se lhe dêm efeitos imediatos. Com estas vantagens: a) o comprador, pago o preço, torna-se proprietário sem necessidade do ato translativo (o que não se daria se o pagamento do preço ficasse subordinado ao cumprimento do ato translativo); b) o vendedor conserva-se proprietário e, apesar de haver imitado na posse ao comprador, pode repetir ou reivindicar, no momento convencional, a coisa. Dêste segundo ponto de vista, o pato, além de oferecer uma tutela frente aos sub-adquirentes, oferece sobretudo, e é esta a função prática que mais se considera, uma proteção frente aos co-credores, sem necessidade de recorrer ao meio do penhor com a formalidade, impeditiva na prática da venda, da posse junto ao vendedor-credor.

A penhora, mesmo falencial, recairá sobre coisa alheia (1).

Quanto ao mais, oferece-se ao vendedor, na venda a crédito, um meio: a reivindicação ou repetição nos termos convencionaes, para o fim de restabelecer a situação anterior à consignação e, pois, um meio para poder novamente gozar da *exceptio inad. contractus*, do chamado direito de retenção. Este meio supera os limites da reivindicação imprópria, que se nega propriamente na venda a crédito (suso, nº 199).

244. *Estipulação e forma.* — Como toda *lex* aposta ao ato translativo (*cf.*, para o pato de resgate, supra, nº 231), o pato de reserva de domínio deve ser inscrito no próprio ato translativo, se este for contextual ao contrato de venda; ou seja, se o ato translativo, *não formal*, deve vir sucessivamente (p. ex.: venda de gênero, de automóveis ou de máquinas em gênero), pode o pacto estipular-se no momento do contrato, considerando-se então implicitamente inseridas no sucessivo ato translativo as condições prèstabelecidas (1). Não pode, ao invés, o pato estipular-se *após* completado o ato translativo; se isto ocorre, o pato terá apenas efeitos obrigatórios (2), salvo se contiver uma retransferência.

A forma a observar é aquela própria do ato translativo, de que o pato é uma *lex*: forma escrita e solene para os imó-

(1) *Contra*: BONELLI, *Falência*, II, 669; CUZZERI, *Falência*, nº 795; FINZI pág. 32. Mas a aparência da posse aí é, também, para o depositário, para o inquilino, etc.; nem obstem os artigos 1513 e 804 do código comercial que pressupõem a propriedade do comprador; nem se pode dizer que o pagamento em moeda falencial equivale ao verificar-se da condição (não podendo o falido pagar diversamente), mesmo por que a vontade das partes condicionou a entrada do bem no patrimônio do devedor ao pagamento do preço *integral*. Cf., M. FERRARA, *Venda a prestação*, págs. 140-141.

(1) PLANCK, § 455, 8; OERTMANN, § 455, 7.

(2) PLANCK, § 455, 8.

veis. Mas não será necessária a transcrição do pato (3). (O TRADUTOR: No direito brasileiro, para valer contra terceiros, mesmo no que tange aos móveis, é de mistér a transcrição no officio competente).

245. *Campo de aplicação.* — O pato de reserva de domínio é admissível também nas vendas imobiliárias (1), nas dos direitos de crédito, etc., não obstante ser isso raro. Nas vendas de mercadorias destinadas à revenda, o consentimento *inicial* (para o sucessivo, ver, infra, nº 247) do vendedor à revenda, consentimento ainda implícito, como nas vendas entre comerciantes ou de estabelecimentos, não é incompatível com a reserva: esta entender-se-á limitada à quantidade que excede o comércio normal, tanto assim que o comércio anormal ou vil preço, como violação do pato, autoriza ao vendedor retomar a posse (supra, nº 241) (2); ou limitada a aquilo que havia no momento em que se faz valer a reserva.

246. *O problema do risco.* — A questão debatida (1), diz respeito ao pericimento ou à deterioração fortuitos da coisa antes do pagamento do preço. Se é verdade que o vendedor se libera do risco com o adimplemento da obrigação de dar a propriedade, a solução depende de ver se o vendedor adimpliu cumprindo o ato translativo a termo ou *sub condicione* como mencionado pelas partes. Parece assim: o vendedor de fato cumpriu tudo aquilo que devia adimplir segundo os patos, o ato dispositivo; os elementos da condição e do termo, que

(3) Conforme, Cassação, 29 de julho de 1929 (*Rep. Foro*, nº 99).

(1) Cf., sentença citada em o nº precedente, nota 3. Não pelo direito alemão, em que a *Auflassung*, ato translativo dos imóveis, não admite condições.

(2) De acôrdo: RUEHL, *Reserva de domínio*, pág. 44; ASCH, no *Arq. para a prática civil*, pág. 206; M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 85.

(1) Cf., o meu *Risco e perigo*, nº 195 e seguintes.

lhe afetam a eficácia, não dependem da vontade do vendedor e não tocam, portanto, o momento da prestação e do adimplemento (nº 239, no fim): dessa maneira a fonte do transferência foi posta em vida na forma convencional. Dêste momento o risco é do comprador (2). Insuficiente a objeção de que a propriedade não passou ainda ao comprador: isto concerne o problema do risco da propriedade e não aquele do risco da obrigação sinalagmática (suso, nº 20): essencial é apenas que o vendedor haja cumprido (supra, nº 21, 204-206).

Esta, de que o risco é do comprador, é a solução conforme à intenção das partes e é acolhida pela opinião dominante (3), embora seus argumentos não satisficam, eis que inspirados

(2) Opinião dominante na Alemanha: ASH, op. cit., pág. 208; ENNECERUS, II, § 341, 1; STAUDINGER, § 455, 8; PLANCK, § 455, 2 d e outros autores aí (mas todos com fulcro no § 446 alemão, em que o risco passa com a tradição). — *Contra*: CROME, *System*, II § 213 (mas de modo contrário na *Teoria fundamental das obrigações no direito francês*, Milão, 1908, págs. 126-127).

Assim, em substância, também no meu *Risco e perigo*, nº 199; cf., também, LORDI, nº 97.

(3) Cf., autores e sentenças infra citadas e ainda: Apelação de Bari, 4 de fevereiro de 1927 (*Rep. Foro*, nº 105); idem, de Florença, 19 de janeiro de 1935 (ib., nºs 81-82), que pretende vincular a indenização de seguro a favor do vendedor.

Contra: BONELLI, na *Rev. dir. com.*, 1912, I, 496 (*casum sentit dominus*); DEGENI, pág. 128 (*casum sentit dominus*); TARTUFARI, nº 275, o qual argumenta com as normas sobre a condição suspensiva no negócio obrigatório: artigo 1163.

No entanto, a parte não parecerem estas normas aplicáveis ao negócio translativo (supra, nº 239), a opinião se baseia sobre o equívoco de que o ato translativo com reserva de domínio não seja "suficiente para transmitir o domínio": enquanto esse é um ato translativo completo, a condição sendo independente da vontade ou da atividade do vendedor. Quanto ao mais, TARTUFARI, com fulcro no *errôneo res perit creditori*, admite a transferência do risco, quando a reserva não depender do pagamento do preço, enquanto o caso é idêntico.

Contra, também, parece, implicitamente: Apelação de Catanzaro, 6 de setembro de 1934 (*Rep. Foro*, 1935, nºs. 73-76).

pela preocupação errônea de explicar uma exceção ao princípio *res perit domino* (estranho, como dito, à questão) ou fundando-se sobre o também errôneo *res perit creditori*. Estes argumentos são:

a) O contrato de compra e venda, não obstante a reserva, é perfeito (4). Isto é exato no que toca ao momento obrigatório; mas se com isto se alude ao dogma comum da perfeição aos fins do risco, pelo qual *emptio perfecta* é aquela que transfere o risco (supra, nº 3), a solução ou contém um círculo vicioso ou se funda sobre o já indicado *res perit creditori* (5); se se quiser significar venda acompanhada pelo ato translativo (pôsto que condicionado), com isso se reproduzirá o motivo por nós acima gloriado do adimplemento ocorrido.

b) A passagem do risco não é insétil em relação à da propriedade (6). De parte que também aqui se acaba por falar do risco da propriedade, ao invés daquêle da obrigação e com isso se afirma a mera possibilidade de um pato de cisão. Pato tácito, disse, porque implícito na concessão do uso da coisa ao comprador, e a qual impede a vigilância do vendedor (7). Fácil objeção: que, se se trata de defeito de vigilância, aí não há caso fortuito; que do uso as partes têm conta na determinação do preço; que, enfim, a *ratio* não funciona quando, como pode ocorrer, não é dada posse ao comprador. Pato tácito,

(4) CROME, *Teoria fundamental das obrigações*, págs. 126-127; LORDI, nº 97; DOMINÉDÓ, no *Foro*, 1927, II, 177; M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 119 (o qual, sucessivamente explica: porque o vendedor já cumpriu o ato translativo).

(5) Assim, DOMINÉDÓ, no *Foro*, 1927, II, 177, sobre a base do artigo 1298, pela crítica supra, nº 20, nota 7; e TORRISI, *Venda a prestação*, págs. 97-98.

(6) VIVANTE, IV, nº 1642; DOMINÉDÓ, no *Foro*, 1927, II, 177; *Cassação*, 21 de janeiro de 1929 (*Rep. Foro*, nº 102); Pretoria de Milão, 8 de abril de 1920 (*Mon. trib.*, 284).

(7) VIVANTE, IV, nº 1642; *Apelação de Milão*, 1º de abril de 1910 (*Temi lomb.*, 349); Pretoria de Milão, supra citada.

disse ainda, pois que o vendedor com a reserva de domínio quer uma vantagem e não uma desvantagem (8); mas todo contratante isso quereria e no entanto ... *cuius commodum eius et incommodum*.

c) O artigo 1125 italiano disciplina o risco antes da tradição; com a tradição, ao contrário, se cumpriu (9). Aqui basta opor a letra claramente contrária do artigo 1125, pelo qual a tradição é irrelevante e para o qual decisivo para o risco é o proclamado ato translativo do domínio e não aquêle da posse (10).

Em substância: quando se interprete o artigo 1125 como dizendo: "O risco é do proprietário" e não "O risco passa com a execução da prestação de dar", como se confundisse risco da propriedade e risco da obrigação, nenhum argumento poderia vencer a consequência inelutável de que no nosso caso o risco é do vendedor, salvo pato contrário.

E' de mistér distinguir, ao contrário, o risco da propriedade do risco da obrigação, da contra-prestação, da permanência ou não da dívida do preço. Este segundo risco, pelos princípios enunciados, é a carga do comprador. O outro, o risco da propriedade, como o risco dos frutos que essa pode dar, fica a cargo *também* do vendedor, pois que êle, pendente a condição irretroativa, é o proprietário (nº 206) (11).

(8) *Apelação de Milão*, 1º de abril de 1910, já citada, LORDI, nº 97; MANDRIOLI, na *Rev. dir. com.*, 1934, 296 (vontade deduzida da função de garantia do pato).

(9) *Apelação de Milão*, 1º de abril de 1910 (*Temi lomb.*, 349).

(10) Cf., para mais ampla crítica a todas as opiniões acima expostas, o meu *Risco e perigo*, n.ºs. 195 e 196.

(11) Cf., o meu *Risco e perigo*, nº 199. De acôrdo para a distinção dos dois riscos e pela possibilidade de um seguro a favor do vendedor (do risco da propriedade): M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 120.

lência (5); nem no fato de pôr em vida o privilégio automobiliístico (6) ou a hipoteca judicial. A penhora da coisa por parte do vendedor não é incompatível com a reserva (7), pois que se legitima com a só existência da posse junto ao comprador e pode ter como objeto o seu direito condicional (e, na prática, serve para evitar a subtração). Mas o deixar cumprir a venda forçada, se esta não fôr do direito condicionado (o que não é normal), implica renúncia à reserva (8): é possível.

(5) M. FERRARA, pág. 144; DEONI, págs. 140-141; Cassação de Nápoles, 27 de novembro de 1913 (*Rev. dir. com.*, 1914, II, 257); Apelação de Bolonha, 30 de outubro de 1925 (*Jur. tor.*, 1926, 491); Cassação, 14 de julho de 1930 (*Jur. it.*, 1931, 145); Apelação de Catânia, 8 de fevereiro de 1932 (*Foro*, 899).

(6) A coexistência do pato e da inscrição do privilégio não se interpretará como faculdade de escolha (do vendedor) de fazer valer um dos dois meios (*contra*: Cassação de Roma, 7 de maio de 1912, na *Rev. dir. com.*, II, 393; Cassação, 4 de julho de 1932, na *Jur. it.*, 1219, Tribunal de Bolonha, 16 de março de 1933, na *Rev. dir. com.*, II, 433); mas como condicionamento de um desses à invalidade ou ineficácia do outro (DEONI, pág. 139 e seguintes e em *Rev. dir. com.*, 1914, II, 257; DE RUGGERO, *Compra e venda*, pág. 51); condição que não deriva das dúvidas sobre a validade do pato de reserva de domínio, hoje superadas. — *Contra*, pela nulidade do pato de reserva de domínio: Apelação de Veneza, 18 de outubro de 1902 (*Legge*, 1903, 146); Cassação de Trím, 31 de dezembro de 1914 (*Rev. dir. com.*, 1915, II, 860); M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 145; TORRISI, *Venda a prestação*, págs. 8183; LORDI, nº 93.

Certamente é *questio facti*: mas pois que as renúncias não se presumem, já que não se pode presumir que o vendedor renuncie à tutela mais enérgica pela mais débil, parece exata a solução acolhida. L diverso o caso, em que se haja convencionado entre as partes a escolha entre a reserva de domínio e a inscrição.

(7) MOSSA, na *Rev. dir. com.*, 1915, I, 246 e segs.; RÜHL, *Reserva de domínio*, §§ 40, 41 e 49. — *Contra*: DERNBURG, *Direito civil*, II, 2, § 571, nº 17; MANDRIOLI, na *Rev. dir. com.*, 1934, I, 295.

(8) RÜHL, op. e loc. cit.; Cassação, 17 de novembro de 1925 (*Rep. Foro*, 1926, nº 106).

Dita renúncia implícita não prejudica o vendedor pelo direito gerâmico, em que o credor que executa tem um privilégio respeito aos

Em particular deverão ser subtraídas do preço, salvo convenção adversa, aquelas somas que tenham sido eventualmente calculadas como respectivo-daquela parte do gôzo futuro da coisa que ao comprador, por efeito do fortuito, venha a faltar.

O seguro por conta de terceiro não passa ao comprador senão com o verificar-se da condição (12).

247. *Extinção da reserva.* — A reserva de domínio se extingue e desde esse momento a propriedade é do comprador, nos seguintes modos:

a) Pagamento do preço. Se se venderam várias coisas por um único preço, será preciso o pagamento integral dêle para liberar tôdas da reserva (diversamente, se por preços diferentes). Na venda a entregas parceladas é *questio voluntatis*, se é preciso o pagamento da última prestação, relativamente à última entrega, também para liberar as primeiras: normalmente não será assim (supra, nº 13).

b) Renúncia expressa do vendedor: simples declaração unilateral (1), não formal, visto que não contém alienação (2): A renúncia pode ser implícita: como pelo consentimento a revender prestado pelo vendedor após o pato de reserva de domínio (3) (para o consentimento inicial, nº 245); não, ao invés, pelo simples fato de pedir a execução do contrato, o pagamento do preço (4) e de declarar o respectivo crédito na fa-

(12) Cf. nota 3 e o meu trabalho: *O momento da circulação do seguro*, separata de *Assicurazioni*, 1937.

(1) *Contra*: MOSSA, na *Rev. dir. com.*, 1915, I, 248; M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 110, exige a bilateralidade, quando a renúncia fôr condicionada: na realidade aqui a bilateralidade se refere ao acôrdo, de que a renúncia é execução.

(2) PLANCK, § 455, 2 e; OERTMANN, § 455, 5.

(3) Apelação de Milão, 4 de janeiro de 1935 (*Rep. Foro*, nº 88).

(4) Concorde: Tribunal de Treviso, 12 de junho de 1908 (*Rev. dir. com.*, II, 577); Apelação de Bolonha, 30 de novembro de 1925 (*Jur. tor.*, 1926, 491). — *Contra*: Cassação, 17 de novembro de 1925 (*Rep. Foro*, 1926, nº 106).

vel a venda forçada de um direito *como puro*, bem que penhorado como condicionado, se a limitação cae no meio tempo.

c) A aquisição a título originário da coisa (p. ex., por accessão). Mais que extinção da reserva (9), aqui se tem perda da propriedade por um título originário.

Particularmente, quanto à accessão, essa produz tal efeito, não obstante um pato contrário entre as partes, que terá apenas valor obrigatório nas suas relações (10). A ciência ou não no vendedor, de estar a coisa destinada a uma accessão, não tem relêvo (11). Portanto não se deve confundir a acces-

outros credores; mas sim no nosso direito (como no brasileiro). Já MOSSA, na *Rev. dir. com.*, 1915, I, 249, considera ao contrário que o vendedor tenha direito à assinatura exclusiva do preço, com fulcro no artigo 648 do código de processo civil.

(9) Assim, PLANCK, § 455, 2 c.

(10) Questão debatida na prática, em especial no que toca aos aparelhos sanitários a incorporar em um edifício (são vinculados pelo pato de reserva de domínio os terceiros adquirentes do edifício?).

Conforme ao texto a opinião prevalente: M. FERRARA, *Venda a prestação*, págs. 169-170; PUGLIATTI, no *Foro lom.*, 1935, 639; GALANTI, no *Foro*, 1935, 328 (para a incorporação no navio); GAETA, na *Jur. it.*, 1931, 145; Cassação, 15 de julho de 1930 (ib., 1931, 145); Apelação de Milão, 29 de março de 1932 (*Mon. trib.*, 670); Apelação de Catanzaro, 1º de dezembro de 1933 (*Rep. Foro*, 1934, nº 94); Tribunal de Áscoli Piceno, 31 de julho de 1934 (*Foro*, 1935, 327); Apelação de Bolonha, 23 de fevereiro de 1934 (*Rep. Foro*, ns. 92 e 93). Naturalmente, para que se possa falar de accessão e pois de perda da propriedade, a união deve ser inseparável sem dano (arts. 449, 462 do código civil); Apelação de Bolonha e M. FERRARA, já citados).

Contra a opinião acolhida: DEGNI, pág. 138; TORRISI, *Venda a prestação*, págs. 64-65; Cassação de Roma, 8 de maio de 1914 (*Foro*, 778); Apelação de Milão, 4 de junho de 1929 (*Jur. tor.*, 1621); idem, de Nápoles, 25 de fevereiro de 1929 (*Mon. trib.*, 505); Tribunal de Milão, 2 de março de 1933 (*Rep. Foro*, ns. 47-49); Apelação de Nápoles, 30 de maio de 1934 (ib., 1935, nº 71).

(11) Tal ciência não implica, sequer, renúncia à reserva: con-
corde, M. FERRARA, *Venda a prestação*, pág. 168. — *Contra*, Apelação de Nápoles, 25 de fevereiro de 1929 (*Mon. trib.*, 505).

são com a atribuição a uma coisa da qualidade de acessório e assim com a imobilização por destino, a qual é impedida pela reserva, por falta do elemento objetivo (pertencer ao proprietário) e daquele subjetivo (destinação perpétua) (12).

(12) Conformes: PUGLIATTI, no *Foro lom.*, 1935, 641; Apelação de Milão, 4 de junho de 1929 (*Mon. trib.*, 860) e 2 de abril de 1935 (*Foro lom.*, 641). Confundem: DEGNI, pág. 138 e, ainda, TORRISI, loc. cit. na nota retro.