

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

Diretora Responsável

GISELLE DE MELLO BRAGA TAPAI

Diretora de Operações Editoriais

ORIENE PAVAN

Coordenadora Editorial

DANIELLE CANDIDO DE OLIVEIRA

Analistas Documentais: Aline Aparecida David do Carmo, Arlene Cristina Almeida do Nascimento, Bruno Martins Costa, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Douglas Elmayer, Henderson Fiirst de Oliveira, Ivê Adolfo de Macedo Loureiro Gomes, Mário Henrique Castanho Prado de Oliveira e Rodrigo Domiciano Oliveira.

Editoração Eletrônica

Coordenadora

ROSeli CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Ana Paula Lopes Corrêa, Carolina do Prado Fabel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino.

Produção gráfica: Caio Henrique Andrade.

Pontes de Miranda

TRATADO DE
DIREITO PRIVADO

PARTE GERAL

TOMO IV

VALIDADE, NULIDADE, ANULABILIDADE

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

Miranda, Pontes de. 1892-1979

Validade, nulidade, anulabilidade. / Pontes de Miranda, atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral: 4)

ISBN 978-85-203-4506-1

1. Direito civil – 2. Direito civil – Brasil – I. Mello, Marcos Bernardes de II. Ehrhardt Jr., Marcos III. Título. IV. Série.

CDU-347 (81)

12-10295

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil: Direito civil: 347 (81) 2. Brasil: Direito privado 347 (81)

Atualizado por
Marcos Bernardes de Mello
Marcos Ehrhardt Jr.



EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

§ 361. NULIDADE, INEFICÁCIA E PENDÊNCIA

1. NÃO-COINCIDÊNCIA ENTRE A CLASSE DOS ATOS JURÍDICOS INEFICAZES E A DOS ATOS JURÍDICOS NULOS. – A confusão entre nulidade e ineficácia agravou-se no direito comum. Chegou-se a definir o nulo pelo ineficaz (= nulo igual ao que não tem efeitos) e chamou-se de nulos a muitos casos de ineficácia sem nulidade. Nulo é, de certo, o que é eivado de causa de invalidade e, de regra, não produz efeitos: se falta o primeiro pressuposto, nulo não há; ao passo que a técnica jurídica tem admitido exceções à exigência do segundo pressuposto. O que é verdade é que o conceito de ineficácia não é unitário (= dentro de si, sem classes; e O. FISCHER, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte, *Festschrift für ADOLF WACH*, 8 s., e E. STROHAL, *Relative Unwirksamkeit*, 2 s., bem o mostraram), razão por que há negócios jurídicos ineficazes não-nulos. Por isso mesmo, foi erro de L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, I, 512, nota 3) considerar a alienação dos aquestos conjugais pela mulher como nula: é ineficaz, e o § 1.398 do Código Civil alemão o diz; outro, o ter o ato jurídico do tutor (ou do curador), nos casos do art. 427 (art. 453), como nulo: é ineficaz. Seria, como se viu, de todo inconveniente identificarem-se nulo e ineficaz.

A compra-e-venda a *non domino* é válida e eficaz, no plano do direito das obrigações, porque a compra-e-venda é negócio jurídico consensual. Se à vista e com declaração de transmitir o vendedor ao comprador a propriedade e a posse, *ex hypothesi* não tem ele propriedade, que transmita, mas pode dar-se que tenha posse. O acôrdo de transmissão é sem o efeito de transmissão da propriedade, por faltar ao vendedor poder de dispor. Se a compra-e-venda foi a prazo, o vendedor assumiu dever e obrigação de prestar o que prometeu prestar, sendo sem qualquer importância, para a existência, a validade e a eficácia do contrato, que é consensual, o pertencer ao vendedor a coisa vendida, ou não lhe pertencer, ou, ainda, existir, ou não existir. Não se trata de compra-e-venda nula, solução que revela bem parcos conhecimentos jurídicos nos que a afirmam; nem de compra-e-venda condicional, artifício inadmissível que se vê no acórdão da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 10 de junho de 1947 (*R. de J. B.*, 82, 17). O que ocorre é, tão-somente, não poder ser prestado o que se prometeu, – o que se resolve com a pretensão às perdas e danos, por inadimplemento da obrigação oriunda do contrato consensual de compra-e-venda, ainda se houve o acôrdo de transmissão, porque o acôrdo de transmissão é adimplemento do contrato de compra-e-venda à vista, e – na espécie – não *satisfaz* a obrigação de prestar a coisa vendida (inadimplemento positivo do contrato).

A falta de poderes não determina nulidade, nem existência (sem razão, J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, VIII, 269, e 26, 317). O ato jurídico do gestor de negócios ou do procurador sem poderes suficientes existe e vale, – não tem eficácia quanto ao *dominus negotii*, o que é outra coisa. A ratificação dá-lhes essa eficácia.

2. PENDÊNCIA E NULIDADE. – Os negócios jurídicos nulos distinguem-se dos negócios jurídicos pendentes. O negócio jurídico condicional ou a termo já tem o seu suporte fático dentro do mundo jurídico; se assim não fôsse, não seria negócio jurídico; o que lhe falta não concerne à existência, ou à validade, mas à eficácia. É o que também acontece aos negócios jurídicos *mortis causa*, enquanto vive o testador, ao acôrdo sem entrega e à transmissão em negócio jurídico sobre imóveis sem a transcrição no registro predial. São negócios jurídicos em que não existe, ou ainda não existe elemento do suporte fático que é dispensável para o negócio ser jurídico e valer, mas que é indispensável para ter eficácia. Aqui, seria errado pôr-se como negócio jurídico pendente o em que faltou ao relativamente incapaz a assistência do titular do pátrio poder, do tutor, ou do curador. Trata-se de invalidade (sem razão, HANS CARL NIPPERDEY, à 39.^a ed. alemã de L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, § 189, n. 3). A falta de poderes de procuração, sim, não é causa de nulidade, mas de ineficácia. O mandante não tem de proporção de nulidade ou de anulação, mas a ação declaratória da inexistência de poderes, com o que se porá claro que o ato do mandatário foi só seu, sem eficácia quanto ao mandante, ou foi seu, no que excedeu os poderes. No art. 1.296, diz-se que “pode o mandante ratificar ou impugnar os atos praticados em seu nome sem poderes suficientes”; e no art. 1.297 acrescentou-se: “o mandatário, que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, reputar-se-á mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos”. Nenhuma alusão à validade; aí, o mandante não é figura do negócio jurídico; e o negócio jurídico, que houve, é ineficaz quanto a ele. Tudo se passa como a respeito dos atos de disposição por parte do não-titular.

Os negócios jurídicos que precisam de ratificação, sem serem inválidos, são *pendentes*; por exemplo: os que foram feitos pelo falso representante, ou pelo procurador que excedeu os poderes, ou quando já extinta a procuração. Não assim, os feitos em nome falso. Pendência irremediável tem-se no negócio jurídico, em que um dos figurantes “representou” pessoa inexistente.

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

Diretora Responsável

GISELLE DE MELLO BRAGA TAPAI

Diretora de Operações Editoriais

ORIENE PAVAN

Coordenadora Editorial

DANIELLE CANDIDO DE OLIVEIRA

Analistas Documentais: Aline Aparecida David do Carmo, Ariene Cristina Almeida do Nascimento, Bruna Shlindwein Zeni, Bruno Martins Costa, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Douglas Elmauer, Henderson Firsi de Oliveira, Mário Henrique Castanho Prado de Oliveira e Rodrigo Domiciano de Oliveira.

Editoração Eletrônica

Coordenadora

ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Ana Paula Lopes Correa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino.

Produção gráfica: Caio Henrique Andrade.

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

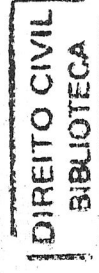
TOMO XXXIX

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Compra-e-venda. Troca.

Contrato estimatório

Atualizado por
Claudia Lima Marques



EDITORA RFP 100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

Miranda, Pontes de, 1892-1979

Direito das obrigações: compra e venda, troca, contrato estimatório ... / Pontes de Miranda; atualizado por Claudia Lima Marques. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte especial; 39)

ISBN 978-85-203-4429-3

1. Direito civil – Brasil 2. Obrigações (Direito) – I. Marques, Claudia Lima. II. Título. III. Série.

CDU-347.4(81)

12-07506

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil: Direito das obrigações: Direito civil 347.4 (81)

do Código Civil incide. No direito italiano, por exemplo, ainda se discute (cf. L. Mosco, *La Risoluzione del contratto per inadempimento*, 140 s.; contra, DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, 170).

A propósito da *emptio spei* não se podem invocar regras jurídicas sobre a *lesio enormis*, sobre a *usura*, ou sobre vícios redibitórios e garantia por evicção. Mas as leis sobre jogo podem ter de ser aplicadas, se os seus pressupostos se compõem. Sem razão, quanto aos vícios redibitórios, LINO SALIS (*La Compravendita di cosa futura*, 28 e 74). Quem fala de vícios redibitórios fala de vícios que eram ocultos. Os vícios da *spes* são vícios posteriores, vícios ao tempo em que ela se fez *res*. Não se pode pensar na responsabilidade de quem não tem culpa: o futuro é oculto para todos, para o vendedor como para o comprador.

Com a resolução, há o ressarcimento dos danos e a restituição do preço, se fora pago.

A *emptio spei* é contrato de compra-e-venda, no qual a intromissão da álea fez aplicável o que concerne aos contratos aleatórios.

Se o bem nasce, tudo se passa como a respeito das outras compras-e-vendas, pois a álea desapareceu. No momento do nascimento, salvo cláusula que o afaste, tem de ser prestada a *res*, uma vez que da *spes* não há mais cogitar-se. A propriedade, em princípio, pertence ao comprador, sem que a tivesse o patrimônio do vendedor. A *spes* fora transmitida. A *res* exsurge da *spes*. A compra-e-venda de esperança, a *emptio spei*, foi venda sem prazo para a entrega. Tudo ocorre como se a *res* nascesse da *spes*. Como os elementos fáticos estão com o vendedor, provávelmente, a ele incumbe a tradição da posse imediata. Somente da posse imediata, porque a posse mediata própria resultou da *spes*.

Se o pagamento foi a prazo, ou marcado para o dia em que se teria o nascimento (o que é difícil que se estipule), tem-se de invocar o princípio da *co-pontualidade*, para que com a tradição coincida o pagamento.

Sempre que há dúvida quanto a se tratar de *emptio rei speratae*, ou de *emptio spei*, tem-se de entender que a compra-e-venda é *emptio rei speratae*. Não se há de interpretar o negócio jurídico como, em caso de dúvida, sendo aleatório. Álea não se presume.

Os textos romanos mostram que se tacteava, que se procurava inserir na figura do contrato de compra-e-venda negócio jurídico que se concebera quase como de *spes* ou *alea*. Por outro lado, a vinculação e os deveres do vendedor auxiliavam a inserção.

Nos nossos dias, tentaram substituir à *spes*, como objeto, a atividade do vendedor, conecta a outros elementos fáticos (a fêmea de que pode nascer a *res*, o animal que talvez se cace). Tanto é artificial a explicação como a de haver dois contratos (o de compra-e-venda e outro atípico) intimamente ligados (união alternativa de dois negócios jurídicos).

A compra-e-venda da esperança, a *emptio spei*, é contrato bilateral: um contraente dá o preço; o outro, a *spes*. Dar a *spes* é menos do que dar a *res*, mas é dar o que importa a *res*, se nasce, o que juridicamente perfaz a *res*. Muito se exagerou a diminuição que a álea produz, ao dizer-se que as prestações, na *emptio spei*, como em outros contratos aleatórios, são desiguais, desproporcionadas (cf. L. Mosco, *Onerosità e Gratuità degli atti giuridici*, 98). Pensa-se também no jogo, nos seguros, nas vendas vitalícias. Pode-se perder, mas pode-se ganhar. A desproporcionalidade onduia. Não se pode saber, antes, quem mais presta. Quem aposta põe-se em duas posições. Quem joga, diante de outrem, que também joga, percebe que há duas áleas e uma só esperança. O contrato de seguro é contrato aleatório por sua natureza (cf. M. STOLFI, *Appunti critici sui contratti di durata*, *Studi in memoria di B. SCORZA*, 837) e as prestações do segurador são vinculadas, no tempo, pela probabilidade, que é comum a todos os contratos que êle concluiu.

3. COMPRA-E-VENDA DE BEM ALHEIO. – Uma vez que o contrato de compra-e-venda é consensual e por êle só se promete a transmissão da propriedade e da posse, ou só da posse, nada obsta a que seja objeto de tal contrato o bem alheio, isto é, o bem de propriedade, ou de posse, ou de propriedade e de posse alheias. Não há qualquer invalidade, nem ineficácia. Se o vendedor vem a prestar, por ter adquirido o bem, ou por ter encarregado o dono de prestar a propriedade e a posse, ou só a propriedade, ou só a posse, cumpriu o que prometeu. Se falha, inadimpliu, e há as consequências do inadimplemento. Se prestou propriedade, ou posse, em vez prestar propriedade e posse, houve *adimplemento ruim*.

A compra-e-venda do bem alheio é eficaz apenas entre o vendedor e o comprador. Não se pode dizer, *a priori*, que não tenha efeitos quanto ao terceiro, porque isso depende de outro negócio jurídico, ou situação de direito, entre o vendedor e o terceiro. O terceiro pode propor contra o vendedor as ações que lhe tocam, e talvez não tenha ações, nem prestações, nem direitos, a despeito de ter sido o dono. Em princípio, pode reivindicar, ou vindicar a posse, ou exercer alguma ação possessória ou

obrigacional. A usucapião pode operar-se a favor do adquirente de boa fé, ou, mesmo, de má fé.

Pode-se vender o próprio bem que está sob a posse do comprador, quer tenha o vendedor alguma posse, quer não. Também é possível vender-se a posse do bem de que é dono o comprador (L. 34, § 4, D., *de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt*, 18, 1: "Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset").

(A respeito do constituto possessório, cabe advertir que, fértil em êrros, sempre que a matéria exige conhecimento sério, CUNHA GONÇALVES, *Da Compra e Venda no direito comercial brasileiro*, 322, escreveu que, tendo havido constituto possessório, se o vendedor vende pela segunda vez o bem de que tem posse e o entrega ao segundo comprador, a tradição real prevalece contra a puramente contratual. Além da terminologia inadequada, há completa insciência da doutrina da posse, o que êle revelava a cada passo. O vendedor, em caso de constituto possessório, tem a posse imediata e ao comprador coube a posse mediata *própria*. Quem vende o bem de que só tem a posse imediata vende bem alheio. O segundo comprador não se faz dono, porque a posse que do vendedor recebeu somente pode ter sido a posse imediata, não a posse mediata própria, que permanece, *ex hypothesi*, com o primeiro comprador *adquirente do bem vendido*.)

A posse pode transferir-se mesmo pela cessão da pretensão à entrega, de modo que o vendedor, que é dono e não tem posse, mas há direito a ela, cedendo a pretensão, cede o que é seu. Se é preciso propor-se a ação de reintegração da posse, deve-se entender que a compra-e-venda se concluiu e o adimplemento é que pode ser *ruim*, ou retardar-se. Nada disso altera, conceptualmente, o contrato de compra-e-venda. Concluído foi, e somente se pode entender que as dificuldades exsurgentes concernem ao adimplemento pelo vendedor, e não ao contrato de compra-e-venda em si mesmo.

A compra-e-venda de bem alheio pode fazer-se aludindo-se ao direito que tem o vendedor a haver de outrem o bem, mas aí havemos de distinguir a compra-e-venda do bem reivindicável, ou da posse vindicável, ou restituível, e a compra-e-venda do bem que não é do vendedor. Quem tem pretensão e ação de reivindicação tem direito ao bem; dono é, portanto. Não há, aí, compra-e-venda de bem alheio: há compra-e-venda de bem próprio, que está sob o poder de outrem. Se o vendedor diz que vende a

propriedade e a posse, mas explica não ter, no momento, a posse, o contrato de compra-e-venda é duplo: é contrato de compra-e-venda do domínio do bem próprio (o vendedor tem a propriedade do bem) e compra-e-venda de posse alheia. Seja como fôr, o contrato de compra-e-venda se conclui sem que se possa entrar na indagação de ser alheio ou não o que se vende. O vendedor promete a propriedade e a posse, ou só a propriedade, ou só a posse, e de maneira nenhuma se pode apurar, para a validade ou para a eficácia do contrato de compra-e-venda, se ao tempo da conclusão do contrato é dono ou possuidor o vendedor. A referência a essa circunstância apenas serve de esclarecimento no que toca ao adimplemento, ou à natureza da adimplibilidade.

As confusões que apareciam, no que concerne a compra-e-venda de bem alheio, apenas eram fruto de outra mais grave: a confusão entre o contrato de compra-e-venda, que é consensual, e o acôrdo de transmissão da propriedade e o da posse, ou só da propriedade ou só da posse.

Se o vendedor promete vender o bem se vier a adquiri-lo, então sim há promessa de venda, e não venda sob condição suspensiva: a promessa de venda é que fica dependente da aquisição; não se prometeu prestar, prometeu-se vender. Não se vendeu suspensivamente; prometeu-se a venda. Há pré-contrato. Isso não quer dizer que se não possa conceber contrato de compra-e-venda sob condição suspensiva (*e. g.*, vender o bem tal, se B não optar pela aquisição, ou se o vendedor vencer na ação de reivindicação).

Em princípio, quem vende bem alheio só se vincula a prestar logo que o adquira. Todavia, pode o contrato estabelecer, explícita ou implicitamente, *quando* se haja de prestar. Se o vendedor aludiu ao fato de não ser proprietário, ou possuidor, do bem, há de entender-se que tem de prestar quando adquira, se não se disse que teria de ser imediatamente, ou dentro de prazo, ou a certo dia. A regra jurídica do Código Civil italiano, art. 1.478, estatui que o comprador se faz proprietário no momento em que o vendedor adquiere o bem. Tal regra jurídica atribuiu demasiada importância ao fato de se tratar de bem alheio. Ora, os vendedores que não se referiram ao fato de não serem proprietários, estariam sujeitos a injustas restrições aos seus direitos de adquirentes, como, por exemplo, a respeito de vícios redibitórios. A propriedade transfere-se conforme ocorrer a prestação. Se assim não se assenta, desconsensualiza-se o contrato de compra-e-venda e cai-se na confusão entre negócio jurídico de compra-e-venda e negócio jurídico de transmissão da propriedade, ou da propriedade e da posse, ou só da posse.

autoriza a tutela da dignidade humana ou a indenização por dano moral" (TJSP, ApCiv 085.852-4/4, 3.ª Câmara de Direito Privado, j. 10.08.1999, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, RT 770/236).

Quanto à natureza de consumidor da pessoa jurídica consolidou-se a teoria finalista mitigada: "(...) A jurisprudência consolidada pela 2.ª Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do Código de Defesa do Consumidor a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fáctica e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4.º I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. Uma interpretação sistemática e teleológica do Código de Defesa do Consumidor aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de Defesa do consumidor, previsto nos arts. 5.º, XXXII e 170, V, da CF/1988. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fáctica e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor à margem à incidência excepcional do Código de Defesa do Consumidor às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor, a pessoa jurídica. Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A 'paridade de armas' entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não (...) (STJ, RMS 27.512/BA, 3.ª T., j. 20.08.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23.09.2009).

A teoria finalista ao interpretar o art. 2.º do CDC e a expressão destinatário final propugna: "(...) O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio, isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços (...) (STJ, AgRg no REsp 916.939/MG, 1.ª T., j. 04.11.2008, rel. Min. Denise Arruda,

DJe 03.12.2008). E mesmo em caso de agricultores tem considerada a compra e venda de insumos agrícolas como excluída do campo de aplicação do CDC (STJ, AgRg no Agn em REsp 86.914/SO, 4.ª T., j. 21.06.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 28.06.2012). Teoria finalista, em sua visão mais branda ou aprofundada, que também utiliza o art. 29 do CDC para equiparar profissionais vulneráveis a consumidores: "(...) A relação jurídica qualificada por ser de 'consumo' não se caracteriza pela presença de pessoa física ou pessoa jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas (...) (STJ, REsp 476.428/SC, 3.ª T., j. 19.04.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 09.05.2005).

Em matéria de compra e venda internacional (STJ, CComp 32.270/SP, 2.ª Seção, j. 10.10.2001, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 11.03.2002) e de safra futura, a relação é empresarial: "(...) Não há relação de consumo nos moldes do art. 29 do CDC quando o contratante não traduz a condição de potencial consumidor nem de parte aderente, firmando negócio jurídico produzido por acordo de vontades, na forma de contrato-tipo (...) (STJ, REsp 655.436/MT, 4.ª T., j. 08.04.2008, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 28.04.2008).

A compra e venda de veículos usados entre particulares não é de consumo: "Hipótese em que a compra e venda entre particulares de um veículo e, posteriormente, de dois terrenos e uma casa, não constitui relação de consumo, senão do regida, pois, pelo Código Civil" (TJRS, ApCiv 70003833977, 18.ª Câmara, j. 20.05.2004, rel. Des. Pedro Luiz Pozza).

§ 4.270. PRÉ-CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA

1. PRÉ-CONTRATUALIDADE E CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA. – O contrato de compra-e-venda é consensual e consensual é o pré-contrato de compra-e-venda. Por aquele só se prometem a transmissão da propriedade e da posse, ou só da propriedade ou só da posse, e o pagamento do preço. Por êsse, não se promete, sequer, a transmissão, nem sequer, o pagamento do preço: promete-se comprar e promete-se vender. É possível também a

promessa unilateral: promessa de vender ou promessa de comprar; porém o que é freqüente é o negócio jurídico bilateral. (É lamentável a confusão de alguns sistemas jurídicos, que vêem no pré-contrato de compra-e-venda promessa de venda e de compra e no contrato de compra-e-venda transmissão; *e. g.*, Cassação italiana, 28 de março de 1947.)

Pode A vincular-se, perante B, a concluir com B, ou com outrem, contrato de compra-e-venda de determinado bem, ou a fazer-lhe oferta de compra. Aí, há *pré-contrato*, isto é, negócio jurídico, bilateral ou unilateral, que tem por finalidade contrato de compra-e-venda. Onde dizer-se *pré-contrato*. Não é preciso que o conteúdo do negócio jurídico *pré-concluído* já seja igual ao do negócio jurídico bilateral da compra-e-venda.

Do *pré-contrato* irradia-se pretensão, judicialmente exigível, à conclusão do contrato de compra-e-venda, se foi isso o que se prometeu. Pode ser feita a averbação, para efeitos *erga omnes*.

2. PRÉ-CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA. — O *pré-contrato* de compra-e-venda rege-se pelos princípios gerais concernentes aos *pré-contratos*. Nem todos são os chamados “contratos preliminares”: alguns são negócios jurídicos unilaterais, prévios, em que se promete comprar, ou vender, *pré-contrato* de compra-e-venda, quem se vinculou a comprar, ou a vender, *fêz-se* devedor de manifestação de vontade.

Nem todas as compras-e-vendas que se concluem para adimplemento são oriundas da eficácia de *pré-contrato*.

No direito brasileiro não há regra jurídica, que está no Código Civil francês, art. 1.589, segundo a qual “*Promesse de vente vaut vente*”. Com isso, os sistemas jurídicos que o imitaram de certo modo dinamitaram a figura do *pré-contrato*, com a aparência de o prestigiar. O *pré-contrato* não transfere a propriedade ou a posse, porque o próprio contrato de compra-e-venda não opera a transmissão. Nem cria a dívida de prestar o bem e de prestar o preço, porque a dívida, que exsurge, é dívida de contratar compra-e-venda (*pactum de ineundo contractu*). O que se deve é a manifestação de vontade suficiente para a conclusão do contrato, observando-se, portanto, a forma que a lei impôs ou cuja incidência resulta de cláusula do próprio *pré-contrato*.

A condenação é a emitir a declaração de vontade (Código de Processo Civil, art. 1.006), mas, segundo a lei, a declaração de vontade tem-se por emitida logo que passe em julgado a sentença. Condenado o *pré-contratante* vendedor, o que se tem por emitido é a manifestação de vontade com que

se conclui o contrato de compra-e-venda. Esse está concluído, no momento do trânsito em julgado, porque à manifestação de vontade do autor da ação se junta a manifestação de vontade, a que fôra condenado o réu. Não se pode ter por transferida a propriedade, ou a posse, pois o contrato é consensual e foi o contrato consensual que se prometeu, não o ato jurídico suficiente à transmissão entre vivos. Quer se trate de compra-e-venda de bem específico, quer de compra-e-venda de bem genérico. Num e noutro caso, tem o juiz de assinar prazo — na própria sentença — para que se execute a obrigação (Código de Processo Civil, art. 1.006, § 2.º), ou atender a que falta, da parte do autor, a entrega ou depósito da contraprestação. Não pode haver, no direito brasileiro, a discussão sobre esse problema que há na doutrina italiana, com a atribuição de eficácia real do contrato de compra-e-venda, onde, aliás, alguns autores tiveram de estacar diante dos casos de compra-e-venda de bem genérico, da compra-e-venda de bem alheio e outros de compra-e-venda a que eles não poderiam emprestar eficácia de transferência da propriedade e da posse, ou de uma ou de outra (DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, 36; SALVATORE SATTA, *L'Esecuzione forzata, no Trattato de F. VASSALLI*, 2.ª ed.; GIOVANNI PERSICO, *L'Eccozione d'inadempimento*, 162 s.; sem atender, sequer, a essa dificuldade: LUIGI MONTESANO, *Contratto preliminare e Sentenza costitutiva*, 103; RUGGERO LUZZATTO, *La Compravendita*, 55). Salta-se do *pré-contrato* ao contrato de compra-e-venda, mas para a execução dêsse, se execução voluntária não houve, não se faz real o contrato consensual que se prometeu. Seria dar-se ao contrato prometido eficácia que ele não teria.

Certamente, quanto à compra-e-venda de bens genéricos, ou de bem alheio, não se pode dizer que o *pré-contrato* não possa ter o lugar do contrato. Mas seria absurdo atribuir-se-lhe eficácia que o contrato prometido não teria, qual a de transferência imediata (ou simultânea) da propriedade e da posse. Tem-se como concluído o contrato de compra-e-venda, que se prometera, e — se vencida alguma dívida — tem-se como já em execução forçada a obrigação. A sentença substitui-se ao negócio jurídico prometido e com ela já se inicia a execução das obrigações oriundas desse negócio jurídico estatalmente concluído (prestação jurisdicional) se tivesse sido concluído voluntariamente pelo réu.

A sentença pode ter eficácia de sentença de condenação a indenizar se o demandado se recusa a cumprir e dá ensejo a prejuízos. Isso ocorre sempre que há dívida de fazer e sobreveio a infração do dever. A assinatura do prazo para o demandado executar refere-se a qualquer dever do demandado.

Cumpra advertir-se que, em vez de propor a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil, pode o titular do direito a conclusão do contrato de compra-e-venda, exercer o direito à resolução por inadimplemento, com a condenação à indenização dos danos que esse inadimplemento causou. Se, no intervalo, o vendedor alienou o bem que seria prometido no contrato de compra-e-venda, a solução é essa, pois difícil seria readquirir o vendedor o bem vendido.

Todavia, se o pré-contratante comprador fez registrar a proposição da causa, em se tratando de bem sujeito a registro, pode ele opor ao terceiro comprador a eficácia *erga omnes* do pré-contrato. Idem, se por lei é permitido o registro do próprio pré-contrato para eficácia *erga omnes*.

O pré-contrato pode ser, conforme já frisamos, *pré-contrato unilateral* (não se confunda com o *pré-contrato negócio jurídico unilateral*, nem com o *pré-contrato contrato pluralateral*). Então, o outro contratante, ao aceitar a oferta, ou ao fazê-la, nenhuma dívida correlativa assumiu (cf. GIUSEPPE TAMBURRINO, *I Vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 59 s.). No pré-contrato de compra-e-venda unilateral, um dos pré-contratantes promete vender (ou comprar), ao passo que o outro contratante pode querer comprar (ou vender) ou não querer. Um só dos contratantes deve a venda (ou a compra). Há promessa de compra-e-venda, mas só um dos contratantes tem o dever. Não se alude à bilateralidade do pré-contrato de compra-e-venda, em sua composição, como se A, pré-contratante, doou a promessa e B apenas a aceitou. Daí dever-se ter todo o cuidado com a ambigüidade, se não equivocidade da expressão. Há de existir prazo.

3. ELEMENTOS DIFERENCIAIS DO PRÉ-CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA.

– Do pré-contrato nasce a dívida de concluir contrato de compra-e-venda. Deve-se a manifestação de vontade de comprar, ou de vender, suficiente à conclusão do contrato de compra-e-venda. Promete-se a venda, ou promete-se a compra. O pré-contrato é, mais rigorosamente, pré-negócio jurídico, pôsto que a expressão pré-contrato se possa referir a negócio jurídico bilateral ou a negócio jurídico unilateral, o que não acontece à censurável expressão “contrato preliminar”, que somente serviria à primeira espécie. O pré-contrato de compra-e-venda apenas exemplifica o pré-contrato, tantos são os negócios jurídicos bilaterais e, até, pluraliterais a que se podem referir os pré-contratos. Em relação aos outros pré-contratos, não há peculiaridades relevantes. O que se tem por fito no pré-contrato de compra-e-venda é, de regra, evitar, no momento, o contrato de compra-e-venda; por-

tanto, a eficácia imediata definitiva. Pelo pré-contrato de compra-e-venda apenas se assume a *dívida de contratar compra* ou a *dívida de contratar venda*. Mesmo se é entregue a posse do bem (se, na hipótese, não foi só a posse que se apontou como objeto da compra-e-venda futura), não há transferência da titularidade. Assim, o ônus de transmissão da propriedade não incide, porque a tradição, em virtude de pré-contrato de compra-e-venda, não transfere a propriedade. Somente impostos sobre assunção de obrigações podem recair a propósito de pré-contrato.

O pré-contrato de compra-e-venda não tem a eficácia característica da compra-e-venda, como a obrigação de entregar o bem e a de pagar o preço do objeto comprado. Se a contraprestação é em dinheiro, o pré-contrato de compra-e-venda tem o seu preço, mas é o preço da promessa de contratar a compra-e-venda, e não o preço da compra-e-venda.

O pré-contrato de compra-e-venda é inconfundível com o próprio contrato de compra-e-venda sob condição suspensiva, porque êsse, ao ter eficácia plena, apenas completa a eficácia de compra-e-venda, que é a sua, desde a conclusão. Na compra-e-venda sob condição suspensiva de modo nenhum se cogita de dívida de contratar. Já se contratou, não só se pré-contratou. Ainda não se quis, no pré-contrato, o contrato de compra-e-venda; somente se prometeu fazer, concluir o contrato de compra-e-venda.

Por vezes há dúvida sobre se estar diante de contrato de compra-e-venda, ou só de pré-contrato (promessa de comprar, ou promessa de vender). A interpretação do negócio jurídico é que se há de atribuir a solução do problema. As circunstâncias podem auxiliar na investigação da vontade dos contratantes (um só contrato, definitivo, ou dois contratos, um de agora e outro de amanhã, se cumprida a dívida de contratar oriunda daquela).

O pré-contrato de compra-e-venda tem de ter prazo. Dentro do prazo há de haver a manifestação de vontade. Pode ele ser determinado ou indeterminável, explícita, implícita ou tácitamente. Se não há meio de se saber qual o termo, não há nulidade do pré-contrato. Pode qualquer dos interessados pedir ao juiz que o fixe.

4. EFICÁCIA DO PRÉ-CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA. – Quem, em vez de vender, apenas promete vender continua proprietário e possuidor, ou só proprietário, ou só possuidor; isto é, continua o titular que era. Nada transfere quanto à propriedade e à posse. Se, no intervalo, aliena o bem a que o pré-contrato se refere, não há compra-e-venda de coisa alheia. O pré-contrato vale, como, aliás, valeria o contrato de compra-e-venda.

Se houve registro do pré-contrato, nem por isso deixa de ser válido e eficaz o contrato de compra-e-venda do objeto que está em causa. Qualquer prioridade seria quanto a outro pré-contrato referente ao mesmo objeto, posteriormente feito.

Até que se conclua o contrato de compra-e-venda e se entregue o bem, os riscos são por conta do outorgante: "Todavia, pode-se estipular diversamente.

Se, porém, um dos pré-contratantes está em mora de concluir o contrato, a impossibilidade superveniente, ou a desapropriação, ou outro óbice, não pesa ao contratante que não está em mora. Trata-se a espécie como se o pré-contrato já fôsse contrato de compra-e-venda.

Se, no tempo devido, o pré-contratante se recusa a concluir o contrato de compra-e-venda, tem o outorgante a ação condenatória, ou, mais enérgica, a ação condenatória-executiva do art. 1.006, ou a ação executiva do art. 1.006, § 2.º, do Código de Processo Civil (alguns juristas italianos as confundem com a ação constitutiva e dizem constitutiva a ação do pré-contratante; cf. Código Civil italiano, art. 2.932).

Pergunta-se: pode ser pré-excluída, por alguma cláusula negocial, a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil, ou a do art. 1.006, § 2.º? A resposta é afirmativa.

Quanto a invocabilidade do art. 1.006, § 2.º, do Código de Processo Civil, dela não se há de cogitar se não é possível a execução específica.

Se o pré-contrato foi contrato bilateral, o pré-contratante que adimpliu ou quer adimplir, diante da recusa do outro, pode preferir a *resolução do pré-contrato*, com perdas e danos (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único). Se houve apenas contrato unilateral, isto é, se o pré-contrato foi pré-contrato em que A prometeu a B vender (ou comprar) sem que B promettesse comprar (ou vender), ou é possível a ação condenatória-executiva, ou a de ressarcimento de danos. No cômputo dos danos, aqui e ali, se há de considerar, como um dos elementos (não o único), a diferença entre o valor do objeto ao tempo em que se deveria adimplir a dívida oriunda do pré-contrato e o preço que se deu. De qualquer modo, a indenização é ao tempo em que se presta, portanto, ao tempo da satisfação.

Se houve resolução do pré-contrato, pedida pelo futuro comprador, o dano é conforme o valor do objeto superior ao preço convencional. Se foi o futuro vendedor que a pediu, o dano é conforme o valor do objeto abaixo do preço convencional.

Se após o inadimplemento pelo futuro comprador perece o bem por caso fortuito ou força maior, todo o preço é devido. Não cabe, aqui, o princípio *Res perit domino*, mas sim a regra jurídica do art. 957 do Código Civil.

O preço pode não ser exatamente o valor do bem de que se promete a venda, ou a compra. No direito civil, não há o instituto da *lesão enorme*. No direito comercial, negou-se a tutela jurídica em caso de *lesão enorme* se todos os contraentes são comerciantes (Código Comercial, art. 220). O direito civil era subsidiário, no tocante aos casos em que nem todos os contraentes fossem comerciantes. Mas houve a superveniência do Código Civil. (No direito estrangeiro, discute-se se as regras jurídicas sobre *lesão enorme* apanham os pré-contratos, e. g.: afirmativamente, ROBERTO DE RUGGIERO, *Contratti speciali*, La Compravendita, 45 s.; FRANCESCO DEGNATI, *La Compravendita*, 291; negativamente, porém sem razão, CORRADO VOCI, *La Recessione della vendita per lesion e la posizione del compratore*, 28 s.)

Panorama atual pela Atualizadora

§ 4.270. A – Legislação

O art. 1.088 do CC/1916, que permitia o arrendimento, não foi recebido pelo atual Código Civil de 2002, o qual introduziu um título novo, denominado "Do direito do promitente comprador". Apenas estes dois artigos (arts. 1.417 e 1.418 do CC/2002) regulam a promessa de compra e venda de imóvel. O Código Civil atual incluiu entre os direitos reais o direito do promitente comprador (art. 1.225, VII, do CC/2002), assim como regulou o contrato preliminar (art. 462 a 466 do CC/2002). O Código de Defesa do Consumidor em seus arts. 48 e 84 regulou o pré-contrato de consumo, possibilitando inclusive execução específica. A Lei 6.015/1973 prevê o registro nos arts. 167, I, 9.º, 18, 20 e 174 e aplicam-se ainda as Leis 6.766/1979 para imóveis loteados, com a modificação da Lei 9.785/1999, e em alguns aspectos o Dec.-lei 58/1937. Veja o atual art. 1.488 do CC/2002 sobre o desmembramento da garantia, o art. 420 do CC/2002 sobre arras e o arts. 408 a 416 do CC/2002 sobre a cláusula penal.

§ 4.270. B – Doutrina

A evolução dos últimos 50 anos do direito brasileiro quanto à promessa de compra e venda e ao aqui denominado pré-contrato de compra e venda foi muito forte, seja na legislação (Dec.-lei 745/1969, Lei 6.766/1979, com o art. 48 do CDC, Lei 9.785/1999 a culminar com os arts. 1.417, 1.418 e 1.225, VII, do CC/2002) e