

CONTRATO ESTIMATÓRIO

Revista de Direito Privado | vol. 31/2007 | p. 147 - 167 | Jul - Set / 2007
DTR\2013\11649

Luís Vicente Dondelli

Doutor em Direito Civil pela USP. Analista judiciário (TRT 15ª Região).

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O autor aspira a constituir precipuamente um ponto de partida para pesquisas mais aprofundadas sobre o contrato estimatório. Para tanto, apresenta as bases de direito romano da noção referida como *aestimatum*, e a atual normatização do instituto do contrato estimatório, notadamente de direito civil, com referências sobre o direito tributário e processual civil, bem como referências jurisprudenciais. Apresenta notas de comparação entre o direito civil brasileiro e o direito civil italiano. O autor aspirou ainda a oferecer uma descrição do suporte fático do contrato estimatório, analisando os elementos constitutivos da relação jurídica constituída por um tal contrato. Por fim, apresenta a comparação do mesmo instituto com outros contratos.

Palavras-chave: Direito civil - Direito romano - Contrato estimatório - Código Civil

Abstract: L'autore presenta i concetti fondamentali del diritto romano della nozione chiamata *aestimatum*, la normativa dello istituto contemporaneo dello contratto estimatorio, con speciale enfasi sull diritto civile, ma anche sull diritto tributario, di procedura civile e qualche osservazione giurisprudenziali. Presenta note di diritto comparato, fra diritto civile brasiliano ed quello italiano. Per concludere, esamina e descrive la fattispecie dell contratto estimatorio, facendo un paragone fra contratto estimatorio ed altri contratti.

Keywords: *Aestimatio* - Digesto - Codice Civile - Contratto estimatorio

Sumário:

1.Introdução¹ - 2.Direito romano - 3.Direito civil - 4.Comparação entre o contrato estimatório e outros contratos semelhantes: compra-e-venda, comissão, sociedade, locação de serviços ou de obra, negócio jurídico fiduciário, depósito e mandato - 5.Conclusão - 6.Bibliografia

1. Introdução¹

O antigo Código Civil brasileiro, vigente desde 01.01.1916 foi substituído pelo Código instituído pela Lei 10.406/2002, o novo Código Civil brasileiro atende à evolução da ciência jurídica ocorrida durante o último século e contém variadas inovações nos diversos temas do Direito Civil brasileiro.

O presente trabalho tem por objeto, exatamente, uma dessas inovações, o contrato estimatório. Novo na codificação civil brasileira, o contrato ora argüido encontra suas origens remotas no *aestimatum*. Instituto do Direito Romano de natureza jurídica incerta durante o período pré-clássico,² posteriormente aperfeiçoado pelo jurisconsulto, contém elementos persistentes no suporte fático do contrato de direito civil brasileiro correspondente, sujeitos a exame adiante.

O Código Civil italiano constitui, como as Fontes de Direito Romano, antecedente histórico do Código Civil brasileiro, mais próximo que essas e, segundo A. Martin,³ apesar de ser posterior ao Código Civil austríaco (1812), foi o modelo seguido pelas legislações modernas, fornecendo o norte das legislações subseqüentes sobre o contrato estimatório. Com espeque nessa constatação, seguem, mais adiante, notas sobre a doutrina italiana a respeito do instituto.

A legislação italiana sobre o contratto estimatorio, cujas linhas serviram de inspiração à

sistemática positivada pelo legislador pátrio,⁴ tem por sedes materiae os arts. 1.556 e ss. do Codice Civile.

A comparação com o Direito Italiano deve ser procedida com resguardo da eficácia trasladadora de direitos reais atribuída, em geral, aos contratos pela sistemática contratual italiana,⁵ especificidade esta decorrente de evidentes fundamentos históricos, com maior destaque ao Código de Napoleão.

2. Direito romano

O instituto jurídico de Direito Civil conhecido, atualmente, como contrato estimatório, tem sua origem no Direito Romano, em uma espécie de contrato inominado chamada aestimatum.⁶ Ambos os institutos não se identificam. Conforme aduz J. C. Moreira Alves⁷ os juriconsultos romanos não chegaram a formular uma categoria abstrata denominada contractus, vez que operavam o direito contratual por meio de um conjunto de contratos singulares e nominados, os quais passaram a ser tutelados, a certa altura, pelas ações do Edito do Pretor. F. C. Pontes de Miranda afirma, ainda, que as Fontes não fazem referência, senão à actio aestimatoria, omitindo qualquer alusão ao contractus aestimatorius.⁸

Para o juriconsulto romano, contrato nominado tinha existência autônoma e nome próprio, enquanto o contrato inominado não tinha existência autônoma, pois era uma combinação de prestações de outros contratos, daqueles nominados, e podia ser titular de denominação específica, embora nem sempre o fosse.⁹

No âmbito do Direito Civil, contrato típico tem existência legal autônoma, pois sua espécie está prevista expressamente pela legislação. Típico é o contrato tipificado na lei.¹⁰ A opção pela rescisão contratual, instituída posteriormente por Justiniano também é nota diferenciadora entre os contratos inominados e os contratos nominados, sujeitos estes últimos apenas à execução.

O contrato estimatório surgiu e foi moldado pela prática comercial romana. Atendia às necessidades do comércio varejista.¹¹ De um lado, vendedores com pouca liquidez, eventualmente até insuficiente para a compra das mercadorias, frágeis perante o malogro, e, de outro, particulares sem prática comercial, porém confiantes no trabalho de intermediários.¹²

É conceituado como o contrato mediante o qual uma das partes contratantes entrega uma coisa à outra parte, a qual, por sua vez, obriga-se a pagar um preço previamente determinado, ou restituir a coisa recebida, e, caso vendesse a coisa, poderia apropriar-se da diferença entre o preço de venda e o preço estimado.¹³

O contrato estimatório é inserto entre os contratos inominados do Direito Romano, especificamente dentre os contratos inominados dos tipos facio ut des, ou facio ut facias.¹⁴

Uma característica específica dos contratos inominados, durante a fase pré-clássica, consistia no condicionamento da eficácia obrigacional ao adimplemento da prestação devida por uma das partes, razão pela qual o contrato inominado, enquanto negócio referente a prestações correlatas, não vinculava os contratantes, senão após o início do seu cumprimento.¹⁵

As declarações das partes valiam como pactos e, assim sendo, não eram obrigatórios até que uma das partes prestasse o que prometeu, quando, então, a outra parte contratante tornava-se obrigada a prestar o que, por sua vez, prometera, pois, em caso contrário, seu enriquecimento não teria causa.

A tutela pretoriana aos contratos inominados, segundo M. Kaser,¹⁶ exsurge da insuficiência das ações arroladas no Edito do Pretor para proteção de posições jurídicas integrantes de contratos cujas prestações não configurassem um contrato típico do

Direito Romano, isto é, para os casos concretos em que existia um contrato, porém, e isto é certo, o jurisconsulto não enquadrava a relação jurídica estabelecida entre as partes nas categorias contratuais conhecidas.

Diante dos fatos, o Pretor passou a examinar cada caso concreto e, extrapolando o rol de ações previstas no Edito, a deferir, em alguns casos, *actiones in factum*. Tais ações também eram chamadas *actio in factum civilis* ou *actio incerti civilis*.

J. C. Moreira Alves noticia¹⁷ divergência entre os jurisconsultos clássicos, mencionando que, em alguns casos, o pretor concedia *actiones in factum*, noutros casos *actio praescriptis verbis*¹⁸ para promover a execução forçada ou, não sendo possível, pleitear a indenização. Já à época do Direito Justiniano, caso a parte tivesse interesse na rescisão do contrato, ou melhor, na restituição da coisa prestada, haveria a *condictio ob rem dati*¹⁹ (também referida como *condictio causa data, causa non secuta*).

A evolução doutrinária, ainda segundo J. C. Moreira Alves, verificada na Escola Romano-Oriental, atribuiu sentido técnico à designação *actio praescriptis verbis*, fazendo-a cabível no litígio referente àquelas relações específicas dos contratos *inominados*, e incluindo-as entre os *bonae fidei iudicia*,²⁰ nos casos de *permutatio* e *aestimatum*. Esta delimitação não foi uma restrição, pois a doutrina de então considerava a *actio praescriptis verbis* como *actio generalis subsidiária*.²¹

E. Dupont – R. Foignet afirmam que os juristas romanos atribuíram a *actio praescriptis verbis*, pela primeira vez, a um contrato *inominado*, quando tutelaram o contrato estimatório, pois entenderam que não se tratava de venda, de mandato, ou outro contrato *nominado*.²²

Ainda no período pós-clássico, e no que se refere à formação do contrato, F. C. Pontes de Miranda informa que os compiladores viam semelhança entre o contrato estimatório e os contratos reais, como, por exemplo, com o comodato, e, mesmo com tal semelhança, entendiam que a conclusão do contrato estimatório ocorria antes da entrega da coisa.²³

Há de se notar que, conforme menciona o mesmo tratadista,²⁴ o *aestimatum* foi dado pelo Edito como exemplo dos contratos *inominados* e, segundo M. Kaser,²⁵ talvez seja o único, dentre os contratos *inominados*, para o qual já havia fórmula no mesmo Edito. Ao contrário do Direito Civil brasileiro, o Direito Romano não restringiu a coisa estimada, apenas, ao campo dos bens móveis.²⁶

3. Direito civil

Seguindo o modelo romano, o Direito Civil brasileiro não tratava expressamente do contrato estimatório. Até o Código Civil de 1916 (em vigor até 11.01.2003) deixa o referido instituto na categoria dos contratos atípicos e sob o regramento da autonomia privada das partes contratantes.

Modificou sua sistemática com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) e, com essa mudança na política legislativa, o legislador pátrio culminou por retirá-lo da categoria dos contratos atípicos, em harmonia com a orientação geral dos sistemas jurídicos ocidentais, inaugurada pelo *Codice Civile*.

Em razão da antecedência histórica imediata e tendo em vista a influência que exerceu nos códigos ocidentais mais recentes, examinaremos abaixo, nas suas linhas gerais, a sistemática italiana sobre o contrato estimatório.

3.1 Código Civil italiano

O Código Civil italiano é chamado *codice civile* e, conforme já foi mencionado, trata do contrato estimatório nos arts. 1.556 e ss. O instituto recebeu a tipificação legal sob a rubrica “*contratto estimatòrio*” e, segundo C. Giannattasio,²⁷ é usualmente conhecido como “*in conto deposito*”, “*in sospeso*”, ou “*pagamento a merce rivenduta*”, enquanto, nos países francófonos, por “*a condition*” e, naqueles de língua alemã, por

“Trödelvertrag” ou “Konditionsgeschäft”.

Segundo o autor citado, pelo contrato estimatório, o proprietário da coisa móvel (tradens) a entrega (consegna, no original) a um empreendedor (accipiens) o qual, dentro do prazo estabelecido pelo acordo ou pelos usos, adquire a coisa referida pela soma fixada no momento da entrega (aestimatio), ou, não adquirindo, a restitui na íntegra.²⁸

Durante o prazo, o accipiens tem o depósito da coisa, com as obrigações de depositário e, se a revende, faz seu o excedente da aestimatio.²⁹ Em sentido semelhante são os escritos de P. Schlesinger – A. Torrente,³⁰ porém, não fazem expressa referência a depósito, mas se limitam a onerar o accipiens com a responsabilidade pelo perecimento da coisa.

Ocorrido o termo final, o accipiens deve pagar ao tradens o preço estabelecido no contrato correspondente a aestimatio, nos termos do art. 1.556, cod. civ., que são expressos – “si obbliga a pagare il prezzo”. Tal faculdade está limitada, temporalmente, pelo aprazamento constante do contrato ou, na sua falta, prescrito pelos costumes, e, objetivamente, pela existência íntegra da coisa.³¹

É ressalvado o quanto foi lembrado acima sobre a eficácia translática de direitos reais dos contratos em geral, sendo exceções as hipóteses de venda com obrigação alternativa de dar, venda de coisa futura, de coisas genéricas, de coisa alheia, ou, ainda, de venda com reserva de domínio, dentre outras.³²

Nota-se, então, a duplicidade da estrutura jurídica do contrato estimatório nos moldes do codice civile: um direito de natureza real de disposição sobre a coisa estimada, atribuído por força do contrato estimatório ao accipiens e um dever obrigacional de pagar o preço da coisa estimada, constituído pelo mesmo contrato estimatório.³³

Sobre a obrigação de restituir o preço no prazo estatuído, C. Giannattasio acompanha³⁴ a doutrina e jurisprudência italianas prevalentes,³⁵ segundo a qual os termos da disciplina dos riscos estatuída no art. 1.557 do CC/italiano, atribuem caráter facultativo à prestação de restituição da coisa; esta obrigação é acessória, atua indiretamente sobre a obrigação de pagar o preço, na medida em que influencia os efeitos em geral do contrato.

Segundo o autor, a restituição da coisa dentro do prazo estabelecido é implemento de uma condição potestativa resolutiva, que opera ex tunc e constitui negativamente os efeitos do contrato, quer de natureza real, desconstituindo o direito de dispor da coisa, quer obrigacional,³⁶ extinguindo o dever de pagar o preço.

Não é, porém, faculdade de rescisão do contrato, embora o autor encontre, aí, uma semelhança analógica com o direito de resgate atribuído ao vendedor, na venda com pacto de resgate,³⁷ eis que, em ambas as hipóteses, o exercício do direito, seja de resgate, seja de restituição da coisa, depende somente da vontade do seu titular. Omissa o exercício, resta decaído o direito.³⁸

No interregno entre a entrega da coisa e o pagamento do preço, ou a restituição, o tradens continua proprietário da coisa, porém, como efeito da entrega da coisa, o proprietário perde o poder de opor-se aos atos de disposição levados a efeito pelo accipiens, ou aos efeitos dos mesmos atos, especialmente no concernente à transferência do próprio direito de propriedade a terceiros por ato do vendedor, tendo em vista os termos do art. 1.558, do CC/italiano, que autoriza a venda da coisa.³⁹

Tal restrição não converte o direito de propriedade do tradens em mera aparência de direito, pois a lei, art. 1.558, do CC/italiano, tutela o direito do proprietário, excluindo a mesma coisa da penhora ou do seqüestro, por credores do accipiens, enquanto o preço estimado não for integralmente pago (art. 1.558, caput, segunda parte do CC/italiano). Além disso, nos termos do art. 1.557, do mesmo diploma legal, os riscos pelo perecimento da coisa correm por conta do accipiens.⁴⁰

O contrato estimatório, nos moldes impressos pelo Código Civil italiano atende a função social, de natureza econômica, similar àquela desempenhada pelo instituto jurídico brasileiro. O tradens, o mais das vezes, é atacadista e tem interesse em ampliar os horizontes do mercado para seu produto, todavia nem sempre dispõe de uma rede desenvolvida o bastante para explorar os nichos de mercado lucrativo, assim, procura colaboração junto ao mercado varejista.

O accipiens, por sua vez, é, usualmente, um operador do mercado varejista, cujo capital não lhe permite assumir riscos, com a compra para revenda de produtos cuja aceitação pelo mercado é incerta e, portanto, estão sujeitas a permanecerem no estoque, invendáveis, ou mesmo aspira oferecer mercadorias em variedade superior à permitida pelo próprio capital.

Diante de tal situação, as partes, tradens e accipiens, lançam mão do contrato estimatório para manter os riscos inerentes à sua atividade econômica, em níveis satisfatoriamente seguros, e, com o mesmo instrumento, aumentar as respectivas capacidades de participação nos mercados de circulação e venda de mercadorias, bem assim propiciar maior liberdade de ação.⁴¹

3.2 Direito Civil brasileiro

3.2.1 Conceito

Dentro dos limites do presente texto, serão abordados, precipuamente, aspectos do contrato estimatório conforme o novo Código Civil – Lei 10.406, de 10.01.2002.

O novo Código Civil brasileiro seguiu as linhas do Codice Civile e assim identifica o contrato estimatório: “Art. 534. Pelo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada”.

A. Martin⁴² considera tal enunciado, meramente descritivo da operação econômica denominada contrato estimatório. Segundo o autor citado, o legislador pátrio, coerente com sua opção pela sistemática do Direito Civil italiano, deixou à doutrina o trabalho de formular um conceito do instituto.

Maria Helena Diniz oferece um conceito do contrato estimatório, reportando-se ao art. 534 do CC/2002, acima transcrito, cujos elementos emprega em seu enunciado. Deixa de lado a entrega da mercadoria, para substituí-la pelo recebimento e acrescenta tratar-se de uma espécie de negócio jurídico.⁴³

Antes do início da própria vacância do novo Código Civil, F. C. Pontes de Miranda, o qual tendo em vista a falta de uma legislação específica sobre o contrato ora examinado à época do tratadista, considera o contrato estimatório, uma espécie de contrato consensual, apresenta o seguinte conceito: “O contrato estimatório é negócio jurídico bilateral em que se atribui o poder de disposição, entregando-se ao outorgado a posse própria”.⁴⁴

3.2.2 Classificação e características

O contrato estimatório classifica-se como definitivo (não depende da contratação posterior de um outro contrato); típico (previsto em lei); real (forma-se pela entrega da coisa); bilateral ou sinalagmático (obrigação de pagar o preço ou restituir a coisa, e obrigação de abster-se de dispor da coisa antes da restituição); pode ser oneroso (se houver pagamento do preço) ou gratuito (se a coisa for restituída); aleatório, pois o outorgado não pode quantificar qual será o benefício total que receberá em razão do contrato; há um benefício mínimo, poderá ficar com a coisa; além disso, poderá auferir lucro com a sua venda; já, do ponto de vista do outorgante, ele poderá receber, ou o preço, que sabe quanto é, ou a coisa restituída, que sabe quanto vale, mas não sabe qual dos dois virá.

A inserção do termo “entrega”, no texto do art. 534 do CC/2002, constitui um elemento que diferencia especificamente o contrato estimatório de outras espécies de negócios jurídicos contratuais de alienação do direito de propriedade, como a compra-e-venda.

O artigo 534, do CC/2002, estatui que “pelo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário”, atribuindo natureza real ao contrato estimatório.⁴⁵ A lei é expressa a respeito da entrega, embora não especifique a natureza real e simbólica do ato.⁴⁶

F. Wieacker⁴⁷ noticia a rejeição da teoria do direito predominante no direito alemão à aplicação da teoria dos contratos de fato aos contratos de entrega, segundo a qual, por regra geral, relações contratuais podem surgir, não só de negócios jurídicos contratuais, como, também, de comportamentos sociais. De qualquer maneira a dispensa da entrega da coisa para a formação do contrato estimatório é contrária à letra da lei.

Com a referida entrega, o consignante não transfere ao consignatário, o direito de propriedade, pois isso, assim como a posse mediata ou imprópria, continua com o proprietário da coisa, apenas transfere a posse direta ou própria, sujeita a termo,⁴⁸ o que explica a restrição à penhora e ao seqüestro pelos credores do consignatário, antes do pagamento integral do preço.

Isso explica, apenas, a proibição de penhora e de seqüestro do direito de propriedade. Não gera proibição de tais atos incidentes sobre a posse própria. A posse própria de que é titular o consignatário é penhorável, seqüestrável, e arrestável, bem como sujeita a constrição por qualquer outra medida judicial executiva ou cautelar.⁴⁹

O legislador, quando faz referência à “coisa consignada” não está fazendo referência à coisa em si, mas a algum direito incidente sobre a coisa.⁵⁰ Tal direito é o de propriedade, pois limitou a proibição de penhora e seqüestro, até o momento do pagamento do preço, porque, então, ocorre a transferência do direito de propriedade para o consignatário, que se torna proprietário e passa a estar sujeito a tais medidas constritivas.

A posse própria surge da entrega da coisa e se extingue pelo pagamento do preço – também pela venda, ou perecimento da coisa. Como está extinta após o pagamento, não é ela que não podia ser penhorada ou seqüestrada e passar a se sujeitar a constrição, mas ao direito de propriedade.

A transferência da posse direta ao consignatário, com a alternativa de restituição, fazia-o parte ativa legítima em ação vindicatória da posse (art. 521, do CC/1916) eventualmente ajuizada contra o consignante, que era titular de ação reivindicatória contra terceiros, mas não contra o accipiens, que poderia dispor da coisa.⁵¹ Todavia esta regra, ao que parece, não encontra correspondência no novo Código Civil brasileiro.

Além do que já foi mencionado, a entrega da coisa, sem transferência do direito de propriedade tem relevância jurídica tributária, na medida em que, havendo mera transmissão da posse quando da entrega e da restituição da coisa, não há formação do fato gerador de impostos sobre transmissão da propriedade como o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS.⁵²

O novo Código Civil restringiu o objeto da prestação do consignante às coisas móveis: o conteúdo do seu art. 534 é taxativo e não faz referência a bens imóveis. F. C. Pontes de Miranda menciona⁵³ o art. 2.105, § 1.º do Esboço de Teixeira de Freitas, no qual já havia exclusão de contratos estimatórios sobre bens imóveis.⁵⁴

A. Martin⁵⁵ justifica a restrição legal, com o formalismo que condiciona a transferência do direito de propriedade de bens imóveis, especialmente na necessidade de mandato, o que importaria a inclusão do contrato estimatório em um contrato de mandato.

No mesmo sentido, em obra anterior ao Código Civil, Pontes de Miranda⁵⁶ aduz a boa

escolha da outorga de poderes para o acordo de transmissão da propriedade, hipóteses em que o registro seja pressuposto necessário à transmissão do direito de propriedade, como, por exemplo, veículos automotores.

A. Martin assume posição favorável à admissibilidade de contrato estimatório sobre coisas móveis deterioráveis, especialmente porque o contrato em exame visa facilitar a circulação de bens de consumo. Considera admissível, ainda, a fungibilidade da coisa,⁵⁷ desde que seja inconfundível com outras do mesmo gênero, no interior do estabelecimento do consignatário.⁵⁸

O mesmo autor, por fim, exclui a contratação estimatória para cessão de crédito, simplesmente porque a entrega do título transfere a titularidade do crédito para o accipiens.⁵⁹ A eficácia translatória do direito de crédito, atribuída à entrega do título de crédito, supera a eficácia trasladadora apenas da posse, atribuída à entrega das coisas móveis em geral e é incompatível com a causa do contrato estimatório.

O Código Civil chama de consignante a parte que entrega a coisa consignada, e de consignatário a que recebe a mesma coisa, segundo consta dos seus arts. 534 e ss. A doutrina tem empregado outros termos, por exemplo, tradens e accipiens, outorgante e outorgado, consignante e consignado.⁶⁰

Nos termos da legislação revogada em Direito Civil, omissa no tema do contrato estimatório, existia polêmica doutrinária sobre a admissibilidade da formação válida de contrato estimatório entre pessoas que não gozam do status de comerciantes. A. Martin⁶¹ declara-se favorável à referida admissibilidade, mesmo nos termos do Código Civil revogado.

Tendo em vista os termos do Código Civil vigente, resta superada a discussão. A nova legislação não impede às partes não-comerciantes a entrega de coisas móveis, por meio do contrato estimatório, haja vista, especialmente, a aplicação do princípio da autonomia privada, segundo o qual tudo o que não for expressamente proibido é permitido.

A estimação do preço é elemento essencial à existência do contrato, sendo dispensável se puder ser aferido do próprio contrato. Em dissertação sobre o tema, A. Martin menciona, como exemplo, mercadorias cujos preços são tabeladas pelo governo.⁶² O Código Civil vigente faz referência expressa ao "preço ajustado", conforme os exatos termos do art. 534.

Nota-se que o art. 534 do CC/2002 faz referência ao "preço ajustado", como o preço que deverá ser pago, se a coisa não for restituída, porém não ao preço de venda da coisa móvel a terceiros. Tal distinção exsurge dos termos da legislação contemporânea e já fora abordada por F. C. Pontes de Miranda.

Segundo o tratadista, o preço que o accipiens deve pagar, se não devolver a coisa, há de ser determinado ou determinável, isto é, essencial à formação do contrato e é um efeito da aplicabilidade dos princípios informadores da compra-e-venda ao contrato estimatório.⁶³

A par desse preço da coisa estimada, há outro, o preço de venda da coisa a terceiros. Para o tratadista, a fixação do preço de venda, ou sua possível determinação, pode constar de cláusula contratual, como acontece entre editoras e livrarias. Igualmente é admissível a estimação percentual sobre o preço pelo qual a coisa seja vendida. Nesta última hipótese, não ocorrendo a venda da coisa, nem sua restituição, F. C. Pontes de Miranda afirma que se deve pagar o preço corrente, ou outro indicado, ou, ainda, na sua falta, ao preço indicado por avaliador.

Por fim, havendo saldo positivo entre os dois preços, entre aquele devido pelo outorgado que não restitui a coisa, e o outro, devido pelo terceiro comprador da coisa, o outorgado não tem dever de informar o preço de venda da coisa móvel estimada, salvo expressa disposição por cláusula contratual em sentido contrário.⁶⁴

A. Martin, dissertando sobre o contrato estimatório, afirma que a fixação do supramencionado prazo tem sido considerada dispensável pela doutrina moderna,⁶⁵ todavia, aduz posições doutrinárias e jurisprudenciais, estas italianas, divergentes sobre a delimitação do prazo.⁶⁶

Ausente a fixação expressa do termo, para F. C. Pontes de Miranda há de se entender que tem de ser suprido pelo constante das negociações anteriores entre as mesmas partes, pelos usos e costumes do comércio, bem como, sucessivamente, pela finalidade do contrato, ou, igualmente, foi deixado ao outorgante a fixação posterior do termo, mediante interpelação judicial ao outorgado, vedado o abuso do direito,⁶⁷ e o recurso à analogia com o depósito ou comodato, em razão da diferença entre ambos e o contrato estimatório.

Até o decurso do prazo,⁶⁸ o outorgado deve escolher entre pagar o preço estimado, ou restituir a coisa, como estatuído pelo art. 534, do CC/2002. Decorrido o prazo, sem a restituição da coisa, o outorgado torna-se devedor apenas do preço estimado e adquire a propriedade da coisa.⁶⁹ Se, nesta hipótese, o outorgado não paga o preço, o contrato não foi adimplido e, conforme argúi A. Martin,⁷⁰ o outorgante vê-se diante de duas opções: pode tanto pleitear a execução do contrato e o conseqüente pagamento do preço, como rescindi-lo e, em conseqüência, pedir a restituição da coisa, com espeque na rescisão contratual.

A atipicidade do contrato estimatório gerou divergência doutrinária sobre a natureza do poder de dispor da coisa estimada, atribuído ao accipiens. Para A. Martin, sua tipificação legal caracterizará aquele poder simplesmente como um efeito contratual de natureza obrigacional.⁷¹

Segundo F. C. Pontes de Miranda, o poder de dispor inclui qualquer disposição, mesmo ato unilateral⁷² ou apenas da posse da coisa,⁷³ bem assim a própria destruição ou a deterioração da coisa e, sendo poder, não há obrigação de vender.⁷⁴ O tratadista afirma⁷⁵ que, além do poder de dispor atribuído como efeito da transferência da posse própria, o outorgado recebe o poder de usar a coisa, justamente porque a posse recebida é integral, é própria.

A titularidade do poder de disposição exclui a tipicidade penal da venda da coisa, da qual o alienante não é proprietário. Em contrapartida, nenhum dos atos de disposição que o tradens pratique será eficaz, seja sobre o direito de propriedade, seja sobre a posse, nos termos do art. 537 do CC/2002.⁷⁶ É ilegitimidade, em razão da qual o outorgante está obrigado a não praticar qualquer conduta tendente a dispor sobre a coisa.

O art. 534 do CC/2002 atribui ao consignatário o dever de pagar o preço ajustado da coisa recebida, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituí-la ao consignatário.

A natureza do ato de restituir a coisa estimada, tem sido discutida pela doutrina. A. Martin informa a existência de, pelo menos, três posições sobre a restituição: teoria da obrigação alternativa, a mais antiga; teoria da obrigação facultativa e teoria da faculdade de dissolução do contrato.

Há de se lembrar, inicialmente, a posição de A. Villaça Azevedo, para quem a discussão é irrelevante, simplesmente porque sempre restará ao devedor uma dentre duas escolhas, e o credor apenas pode exigir a coisa principal.⁷⁷

A. Varela assim define as obrigações alternativas: "são obrigações que englobam duas ou mais prestações, mas em que o devedor se libera mediante a realização de uma delas apenas" (itálicos do autor).⁷⁸ A obrigação por ser adimplida por uma dentre duas prestações, dentre as quais o devedor poderá escolher uma e, assim procedendo, concentrará o objeto da obrigação ("plures res in obligatione, una autem in solutione").

As facultativas, que o autor chama de obrigações com faculdade alternativa, seriam caracterizadas pela unicidade da prestação. Tais obrigações recaem sobre apenas uma

prestação, a qual, e somente ela, pode ser exigida pelo credor. O devedor, nesta relação, teria a possibilidade (facultas) de adimplir outra prestação e, ainda assim desincumbir-se do débito (“una res in obligatione, duae autem in facultate solitionis”).

Nestes termos, F. C. Pontes de Miranda⁷⁹ considera o accipiens devedor do pagamento do preço, ou, alternativamente, da restituição da coisa, e recusa a facultatividade da prestação de restituir a coisa. Tal alternativa estaria sujeita ao prazo estabelecido, findo o qual, o tradens resta livre do poder de escolha do outorgado. Este, se não restituiu a coisa, escolheu adquirir a propriedade e só deve o pagamento.

Segundo o tratadista, a admissão das obrigações do accipiens à classe das obrigações alternativas leva, sem razão, à consideração da dívida como só de preço e a restituição, como resolução voluntária pelo outorgado.⁸⁰

Maria Helena Diniz, W. Bulgarelli e A. Martin, autores que dispunham da letra do projeto do novo Código Civil, pugnam pela facultatividade da obrigação,⁸¹ sendo certo que a lei deixa a escolha à preferência do devedor, conforme consta do art. 534 do CC/2002, supramencionado.

A. Martin apresenta a fundamentação legal da teoria da facultatividade da dissolução contratual, consubstanciada na possibilidade de restituição da coisa, admitida por autores italianos, tendo em vista o art. 1.321, do código civile, e na inexistência de efeito patrimonial, em havendo esta opção do accipiens. Segundo tais autores, se o negócio jurídico é um acordo de vontades gerador de efeitos patrimoniais, e nenhum efeito patrimonial foi alcançado pelas partes, porque a coisa foi restituída, então a restituição é um fato extintivo de obrigações.

O art. 535 do CC/2002 impõe ao consignatário a obrigação de pagar o preço, mesmo se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável. Para V. Bulgarelli isso traz aleatoriedade ao contrato estimatório.⁸²

O risco da especulação é todo do consignatário (outorgado), inclusive por caso fortuito ou força maior,⁸³ porque é possuidor próprio, e o cerceamento da sua atividade, por instruções do consignante, descaracteriza o contrato estimatório. O risco da especulação abrange todas as despesas que a venda pode ocasionar, tudo como se dono fora.⁸⁴

O novo Código Civil brasileiro seguiu a sistemática legislativa italiana, em cujo âmbito a causa do negócio jurídico patrimonial, afirma A. Martin, é entendida como a função econômico-social do contrato.⁸⁵ Segundo A. Junqueira de Azevedo, este sentido objetivo da causa é empregado, atualmente, na doutrina e recebe a designação de função prático-social, em se tratando de negócios de direito de família, ou função econômico-social.⁸⁶

Segundo A. Martin, a função do contrato estimatório é instrumental e preparatória para o escambo. Não é o próprio escambo porque o outorgado pode apropriar-se da coisa, sem promover seu escambo, ou destruí-la, desde que pague o preço.⁸⁷ Esta causa é específica, distingue o contrato estimatório dos demais e justifica sua tipificação legal.

4. Comparação entre o contrato estimatório e outros contratos semelhantes:
compra-e-venda, comissão, sociedade, locação de serviços ou de obra, negócio jurídico fiduciário, depósito e mandato

Autores há, cujas conclusões recusam a singularidade do contrato estimatório e levam à sua identificação com outras figuras contratuais de Direito Civil e Direito Comercial. Tendo em vista a tipificação do novo Código Civil, abordaremos as características distintivas.

Segundo F. C. Pontes de Miranda, as regras concernentes à compra-e-venda incidem sobre os negócios jurídicos de alienação que não são compra-e-venda, sem afastar os elementos distintivos de cada contrato. Em se tratando de contrato estimatório, o

elemento mais freqüente é o intuito alienatório da coisa, por parte do outorgante que quer receber a contraprestação, e o poder de dispor da coisa, por parte do outorgado.⁸⁸

Para o citado tratadista, o contrato estimatório não é compra-e-venda condicional porque a entrega da coisa não transfere a propriedade, nem obrigação é condicionada suspensivamente se o dever for de pagar e, resolutivamente, se a obrigação for de restituir.⁸⁹ Também não há compra-e-venda com reserva de domínio, pois, nesta, a posse entregue é imediata imprópria, enquanto a posse recebida no contrato estimatório é própria, e não há transferência de poderes de disposição.⁹⁰

Conforme as arguições de F. C. Pontes de Miranda, o contrato de comissão de venda tem, em seu conteúdo, a atividade do comissário, que só pode aceitar, como contraprestação, moeda corrente. O saldo obtido com a venda interessa ao outorgante e a posse do comissário é imprópria.

Isso não ocorre, absolutamente, no contrato estimatório, cujo consignado assume integralmente o risco pela disposição da coisa e não deve, nem ao menos, informações ao tradens sobre o preço de venda da coisa, podendo dispor sem vender a coisa, da qual é possuidor próprio.⁹¹

No contrato de sociedade, as pessoas especulam juntamente. Ocupam o mesmo pólo da relação jurídica. No contrato estimatório, especulam separadamente.⁹² A. Martin disserta nesse mesmo sentido, no passo em que considera faltarem ao contrato estimatório dois dos elementos específicos do contrato de sociedade: a affectio societatis e a co-participação nos lucros e nas perdas.⁹³

Segundo Pontes de Miranda, na locação de serviços ou de obra, o accipiens está autorizado e vinculado ao serviço ou à obra e age no lugar do locatário. Isso não ocorre no contrato estimatório.⁹⁴ Além disso, para A. Martin, o consignatário somente obterá remuneração com a alienação da coisa entregue, caso contrário, não perceberá lucro e, ainda, terá os encargos decorrentes do contrato estimatório.⁹⁵

O negócio jurídico fiduciário atribui direito de propriedade ao fiduciante, para que este dê, à coisa, o destino que lhe interessar. No contrato estimatório a propriedade não é transmitida desde logo.

No contrato estimatório, ao contrário do depósito,⁹⁶ não há dever de custódia, pois o accipiens é possuidor próprio. A. Martin menciona duas características do contrato de depósito, para afastá-lo do contrato estimatório. Naquele, o depositário tem direito à comissão estipulada no contrato e o dever de restituir a coisa no momento em que for solicitado. Neste, o consignatário tem direito ao sobre-preço e a faculdade, ou alternativa, da restituição da coisa.

Enquanto a causa do contrato estimatório é a facilitação da circulação da coisa, no depósito é a sua conservação, tanto que o depositário não pode usá-la, salvo autorização expressa do depositante, sob pena de apropriação indébita, e não responde pela perda da coisa, em caso fortuito ou força maior, hipóteses que não excluem o dever de pagar o preço atribuído ao consignatário.⁹⁷

Por fim, F. C. Pontes de Miranda vê, na posse própria, a característica distintiva do contrato estimatório, se comparado ao mandato. Além disso, o mandatário assume a obrigação de cuidar da venda, dever que não existe no contrato estimatório.⁹⁸ A. Martin acrescenta que a causa específica do contrato estimatório – aqui causa tem sentido técnico jurídico –, bem como a prática de atos pelo consignatário por sua conta e em nome próprio, afastam-no do contrato de mandato.⁹⁹

5. Conclusão

O contrato estimatório apresenta elementos suficientes à sua tipificação legal e supera a doutrina e jurisprudência tendente a sua assimilação a outras figuras contratuais e sua

codificação demonstra sua individualidade positivamente.

A mesma codificação oferecerá, após sua vigência, mais um instrumento legal para auxiliar a atividade de produtores e comerciantes aproximando-os uns aos outros em colaboração, e ambos ao mercado, fazendo-o maior, justamente porque ao alcance de mais agentes econômicos. Com tudo isso, ainda permite a manutenção do risco inerente à vida empresarial sob um nível aceitável e sujeito mais à sagacidade do empreendedor.

6. Bibliografia

Azevedo, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2002.

Azevedo, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

Bulgarelli, Waldírio. Contratos mercantis. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Campos, Roberto de Siqueira. ICMS – Consignação mercantil. IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

Corrêa, Alexandre e Sciascia, Gaetano. Manual de direito romano. 6. ed. São Paulo: RT, 1988.

Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Dupont, Emile e Foignet, René. Le droit romain des obligations. 5. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1945.

Giannattasio, Carlo. Enciclopedia del diritto. Verbete “contratto estimatorio”. ED (10). Milano: Giuffrè, 1962.

Gomes, Orlando. Obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

Kaser, Max. Römisches Privatrecht. (Trad. port. de S. Rodrigues e F. Hämmerle) Direito privado romano. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

Kelsen, Hans. Reine Rechtslehre (Trad. port. de Dr. João Baptista Machado) Teoria pura do direito. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

Machado, Brandão. A consignação de mercadorias e o ICMS. Repertório IOB (07), São Paulo, 1ª quinzena de abril de 1993.

Marchi, Eduardo César Silveira. Guia de metodologia jurídica – Teses, monografias e artigos. Leche: Del Grifo, 2001.

Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dez. 1979.

Moreira Alves, José Carlos. Direito romano. História do direito romano – Instituições do direito romano: A) Parte geral; B) Parte especial: direito das coisas. v. 1. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Direito romano – Instituições de direito romano; B) Parte especial: direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

Rodrigues, Silvio. Direito civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. v. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Sanches, Sidney. Os contratos atípicos no direito privado. RDPúbl. (86), abr.-jun., ano XXI. São Paulo: Instituto de Direito Público da Faculdade de Direito da USP, 1998.

Schlesinger, Piero e Torrente, Andrea. Manuale di diritto privato. 16. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

Silva, De Plácido e. Vocabulário jurídico. v. 4. 21. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Teixeira de Freitas, Augusto. Código Civil – Esboço. Edição em homenagem ao centenário da morte de Augusto Teixeira de Freitas. Brasília: Ministério da Justiça – Departamento de Imprensa Nacional e Universidade de Brasília, 1983.

Varela, Antunes. Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Wieacker, Franz. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung (Trad. port. de A. M. Botelho Hespanha). História do direito privado moderno. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. s/d.

1 Observa-se, desde já, que os juristas pátrios, excepcionalmente, serão referidos pela indicação do nome por meio do qual são conhecidos, p. ex., pela combinação de seu prenome ao próprio nome, se por essa combinação forem conhecidos na comunidade científica jurídica nacional. Marchi, Eduardo César Silveira. Guia de metodologia jurídica – Teses, monografias e artigos. Leche: Del Grifo, 2001, p. 200.

2 Segundo as lições de J. C. Moreira Alves, a história interna do Direito Romano, isto é, a história dos institutos jurídicos do direito privado romano, pode ser dividida em três períodos: 1) a do direito antigo ou pré-clássico, intercorrente entre a origem de Roma e os anos de 149 a.C. e 126 a.C., época aproximada da publicação da Lei Aebutia, a qual reconheceu o processo formulário como processo civil entre os cidadãos romanos; 2) a do direito clássico, seguindo desde então, até o reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; e 3) a do direito pós-clássico ou romano-helênico, desta última data, até a morte de Justiniano, aos 565 d.C., Moreira Alves, José Carlos. Direito romano. História do direito romano – Instituições do direito romano: A) Parte geral; B) Parte especial: direito das coisas. v. 1. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 68.

3 Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dez. 1979, p. VII.

4 Bulgarelli, Waldírio. Contratos mercantis. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 263; e também de Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório, (nota 3 supra), p. VII: “Adotou-se o modelo do Código Italiano, pois que, por seu intermédio, é que as legislações mais modernas vêm recebendo o contrato estimatório como modalidade típica, muito embora, entre os direitos vigentes, ele assim existisse desde o Código Austríaco de 1812”.

5 A respeito, tem-se: Schlesinger, Piero e Torrente, Andrea. Manuale di diritto privato. 16. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 500: “principi fissati dalla legge, che hanno importanza

fundamentale nello studio del diritto privato, sono i seguenti: a) Se si tratta di cosa determinata (per es., il tale immobile, il cavallo X), la proprietà passa (o la costituzione o il trasferimento del diritto reale si verifica) per effetto del consenso manifestato nelle forme di legge (art. 1376 cod. civ.). Non occorre altro perché l'effetto reale si verifichi: basta che le parti abbiano firmato il contratto, se si tratta di immobili, ed è richiesto, perciò, l'atto scritto. Se si tratta di mobili, basta che le parti abbiano raggiunto, anche verbalmente l'accordo. Non è necessaria nemmeno la consegna, il passaggio del possesso: questa è una conseguenza dovuta del passaggio della proprietà e costituisce, perciò, un obbligo per l'alienante (come si vede, il principio è del tutto diverso dalla regola posta nel diritto romano: *traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum traferuntur*)”.

6 Neste sentido, veja-se, entre outros, Corrêa, Alexandre e Sciascia, Gaetano. Manual de direito romano. 6. ed. São Paulo: RT, 1988, p. 206; Kaser, Max. *Römisches Privatrecht*. (Trad. port. de S. Rodrigues e F. Hämmerle, Direito privado romano. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 264); Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 56. Para um estudo de Direito Romano sobre a *aestimatio*, veja-se nas Fontes o seguinte: Ulp. 26 ad ed., D. 12, 1, 11 pr.; Ulp. 29 ad ed., D. 14, 4, 5, 18; Ulp. 31 ad ed., D. 17, 2, 44; Ulp. 32 ad ed., D. 19, 3, 1 pr.; Ulp. 32 ad ed., D. 19, 3, 1; Ulp. 32 ad ed., D. 19, 3, 2; Ulp. 30 ad. Sab., D. 19, 5, 13; Ulp. 28 ad ed., D. 19, 5, 17, 1; Ulp. 28 ad ed., D. 19, 5, 19; Ulp. 28 ad ed., D. 19, 5, 20 pr.; Pomp. 21 ad Sab., D. 19, 5, 26 pr.; Inst. 3, 146, este sobre alternativa entre venda e locação.

7 Moreira Alves, José Carlos. Direito romano – Instituições de direito romano; B) Parte especial: direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 186.

8 Tratado de direito privado – Parte especial. Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 395.

9 J. C. Moreira Alves afirma que tais contratos eram ditos *inominados*, porque não eram reconhecidos como figuras singulares, embora pudessem e, efetivamente a *permutatio*, ou o *aestimatum*, por exemplo, tivessem um *nomen iuris* próprio, cf. Moreira Alves, José Carlos. Direito romano – Instituições de direito romano; B) Parte especial: direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões. v. 2. (nota 7 supra), p. 186.

10 Sobre a distinção entre contratos típicos e contratos *nominados*, veja-se Azevedo, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 131-132; e Sanches, Sidney. Os contratos atípicos no direito privado. RDP (86), abr.-jun. 1988, ano XX, p. 237. Sobre as noções de contratos *nominados* e *inominados*, sem distinguir contratos *nominados* e contratos típicos, bem como as respectivas formas negativas, veja-se: Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 93-94; Gomes, Orlando. Obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, pp. 242-243; Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 24; Silvio Rodrigues. Direito civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. v. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 36-37; para o mesmo tema, já no Direito Civil italiano, Schlesinger, Piero e Torrente, Andrea. *Manuale di diritto privato* (nota 5 supra), p. 471; Antunes Varela. Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 152.

11 Neste sentido: Corrêa, Alexandre e Sciascia, Gaetano. Manual de direito romano (nota 6 supra), p. 206; J. C. Moreira Alves, embora não expresse a contexto econômico da gênese do contrato estimatório no Direito Romano, informa que, à época de Justiniano, era muito utilizado na prática, embora seja desconhecida sua disciplina no período clássico, cf. Direito romano – Instituições de direito romano; B) Parte especial: direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões. v. 2. (nota 7 supra), p.

192.

12 Corrêa, Alexandre e Sciascia, Gaetano. Manual de direito romano (nota 6 supra), p. 206.

13 Kaser, Max. Römisches Privatrecht (nota 6 supra), p. 264; e Moreira Alves, José Carlos. Direito romano – Instituições de direito romano; B) Parte especial: direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões. v. 2. (nota 7 supra), p. 192, acrescentam que a finalidade da entrega da coisa era a venda, circunstância não mencionada por Corrêa, Alexandre e Sciascia, Gaetano. Manual de direito romano (nota 6 supra), p. 206, os quais mencionam a venda como hipótese que autoriza o aceitante da coisa estimada a ficar com a diferença entre o preço estimado e aquele obtido na venda.

14 A respeito, veja-se Paul. 5 quaest., D. 19, 5, 5. Neste sentido, Dupont, Emile e Foignet, René. Le droit romain des obligations. 5. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1945, p. 97; Moreira Alves, José Carlos. Direito romano – Instituições de direito romano; B) Parte especial: direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões. v. 2. (nota 7 supra), p. 192.

15 Moreira Alves, José Carlos. Direito romano – Instituições de direito romano; b) Parte especial: direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões. v. 2. (nota 7 supra), p. 185.

16 Römisches Privatrecht, (nota 07 supra), pp. 263-265.

17 Direito romano – Instituições de direito romano; B) Parte especial: direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões. v. 2. (nota 7 supra), p. 188.

18 Azevedo, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. (nota 10 supra), p. 127, classifica a ação praescriptis verbis como uma ação direta de natureza civil.

19 Para maiores esclarecimentos sobre a *condictio ob rem dati*, v. Kaser, Max. Römisches Privatrecht (nota 6 supra), p. 274, o qual se reporta a Ulp. 26 ad ed., D. 12, 4, 1 pr.

20 A propósito, v. Inst. 4, 6, 28.

21 Kaser, Max. Römisches Privatrecht (nota 6 supra), p. 265.

22 Le droit romain des obligations (nota 14 supra), p. 97.

23 Tratado de direito privado – Parte especial. Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 422.

24 Idem, ibidem.

25 Römisches Privatrecht (nota 6 supra), p. 265.

26 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado – Parte especial. Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 405.

27 Giannattasio, Carlo. Contratto estimatorio. ED (10), p. 87.

28 A respeito das fontes romanas do instituto, veja-se Ulp. 32 ad ed., D. 19, 3, 1, 1.

- 29 Sobre as fontes romanas da regra, v. Ulp. 30 Sab. D 19, 5, 13, 1.
- 30 Manuale di diritto privato, (nota 5 supra), p. 547.
- 31 Nesse sentido, veja-se C. Giannattasio, Contratto estimatorio, (nota 27 supra), p. 87; Schlesinger, Piero e Torrente, Andrea. Manuale di diritto privato, (nota 5 supra), p. 547.
- 32 Schlesinger, Piero e Torrente, Andrea. idem, p. 529.
- 33 Contra o mencionado, veja-se Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado – Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato Estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 401, negando natureza real ao direito de dispor sobre a coisa estimada, pois, fundamento o autor, insuficiente o art. 1.558, cod. civ., para embasar tal assertiva.
- 34 Contratto estimatorio, (nota 27 supra), p. 90, em que é taxativo: “Non esistono altre obbligazione a carico dell’accipiens, oltre quella del pagamento del prezzo”.
- 35 Veja-se Schlesinger, Piero e Torrente, Andrea. Manuale di diritto privato (nota 5 supra), p. 547.
- 36 Contratto estimatorio, (nota 27 supra), p. 88.
- 37 Sobre o sentido de resgate no âmbito da retrovenda do Direito brasileiro, veja Vocabulário jurídico. v. 4. 21. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 120.
- 38 C. Giannattasio, Contratto estimatorio, (nota 27 supra), p. 90.
- 39 Cf. C. Giannattasio. Contratto estimatorio (nota 27 supra), p. 88; e Schlesinger, Piero e Torrente, Andrea. Manuale di diritto privato (nota 5 supra), p. 547.
- 40 C. Giannattasio. Contratto estimatorio (nota 27 supra), p. 88.
- 41 Cf. C. Giannattasio. Contratto estimatorio (nota 27 supra), p. 88; e Schlesinger, Piero e Torrente, Andrea. Manuale di diritto privato (nota 5 supra), p. 547.
- 42 Contratto estimatorio, (nota 27 supra), p. 72.
- 43 Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. (nota 10 supra), p. 207, no qual se lê: “O contrato estimatório é o negócio jurídico em que alguém (consignatário) recebe de outrem (consignante) bens móveis, ficando autorizado a vendê-los, obrigando-se a pagar um preço estimado previamente, se não restituir as coisas consignadas dentro do prazo (CC, art. 534)”. Outra conceituação do instituto, porém anterior mesmo à entrada em vacatio legis do novo Código Civil brasileiro, pode ser encontrada em Machado, Brandão. A consignação de mercadorias e o ICMS. Repertório IOB (07), 1ª quinzena de abril de 1993, p. 141, o qual apresenta uma conceituação sumária da consignação de mercadorias, que o autor assimila ao contrato estimatório: “ocorre a consignação de mercadorias, quando um comerciante, o consignante, entrega bens móveis a outro comerciante, dito consignatário, para que este os venda em certo prazo ou, não os vendendo, faça a sua devolução, sem pagar ou receber qualquer vantagem”. Embora o autor não faça menção ao texto editado, refere-se ao Anteprojeto do Código Civil vigente em sua versão de 1989, quando a matéria tinha sede no art. 522.
- 44 Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 405.
- 45 Assim prelecionam Bulgarelli, Waldírio. Contratos mercantis (nota 4 supra), p. 263;

Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. (nota 10 supra), pp. 93-94; e Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 74. Segundo F. C. Pontes de Miranda, “nos tempos de hoje, a exigência da realidade dos contratos já é chocante”, cf. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 396. Para este autor, a entrega do bem estimado consubstancia adimplemento do contrato estimatório, idem, p. 416.

46 Martin, Antonio. Menciona divergência doutrinária sobre o tema, indicando alguns autores favoráveis à suficiência da tradição simbólica, outros exigindo a tradição real, todos unânimes sobre a necessidade da entrega estatuída pelo novo Código Civil brasileiro, Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 77.

47 Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung (trad. port. de A. M. Botelho Hespanha. História do direito privado moderno. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. s/d., pp. 607 e s.), os fundamentos de tal rejeição seriam a vulneração do princípio da autonomia da vontade, bem como a atribuição ao órgão jurisdicional do poder de imposição de eficácia contratual contra legem. Menciona a contraposição à rejeição mencionada levada a efeito pela doutrina e jurisprudência orientadas para a prática, fundada na mutação funcional do ordenamento jurídico, no contexto de uma sociedade dominada pela solidariedade social.

48 Neste sentido, veja Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), pp. 402, 405, e 419, c/c p. 428. Sobre a aquisição dos frutos da coisa estimada, idem, p. 430.

49 A propósito, veja-se do mesmo autor citado na nota anterior, o Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 416.

50 Foge ao objetivo do presente trabalho tratar da ordem jurídica como ordem normativa da conduta humana, para isso, veja-se H. Kelsen, Reine Rechtslehre, Viena, Franz Deuticke, 1960 (Trad. port. de J. B. Machado. Teoria pura do direito. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 20), e, sobre a relevância de animais e entes inanimados para o direito, idem, p. 58.

51 Cf. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 403 e ss., o qual considera o contrato estimatório um negócio jurídico bilateral consensual.

52 Mencionando genericamente as conveniências tributárias do contrato estimatório, veja-se Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 402. Especificamente sobre ICMS, veja-se Machado, Brandão. A consignação de mercadorias e o ICMS (nota 43 supra), pp. 138-141, para o qual não há formação do fato gerador. No mesmo sentido, considerando indevido o ICMS sobre contrato estimatório, que o autor chama de consignação mercantil, veja-se Campos, Roberto de Siqueira. ICMS – Consignação mercantil. RD Trib. (57), pp. 107 e ss.

53 Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 406.

54 Com o seguinte teor: “Art. 2.105. Não haverá venda com cláusula estimatória (art. 2.016): 1º. Quando a coisa dada a vender for imóvel”. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil – Esboço. Edição em homenagem ao centenário da morte de Augusto Teixeira de Freitas. Brasília: Ministério da Justiça – Departamento de Imprensa Nacional

e Universidade de Brasília, 1983, p. 378.

55 Cf. Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 78.

56 Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), pp. 406 e 407.

57 No mesmo sentido, Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 407.

58 A respeito, Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 79 e ss.

59 Idem, p. 81.

60 Veja-se, por exemplo: Bulgarelli, Waldírio. Contratos mercantis (nota 4 supra), p. 263; Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. (nota 10 supra), pp. 93-94; Machado, Brandão. A consignação de mercadorias e o ICMS (nota 44 supra), p. 141; Martin, Antonio, Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 83; e Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 397.

61 Martin, Antonio. Idem, p. 83 e ss.

62 Idem, p. 89-90. No mesmo sentido – apresenta critérios utilizáveis para a determinação do preço de restituição, como cotação em Bolsa, preço estabelecido por terceiro, que funcionará como avaliador –, Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. (nota 10 supra), p. 207.

63 Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), pp. 406 e ss.

64 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Idem, p. 408.

65 Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), pp. 90 e ss.

66 No mesmo sentido, Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), pp. 408 e ss.

67 Idem, p. 424. Em sentido contrário, Martin?, Antonio. Conclui que não havendo determinação prévia do prazo para restituição da coisa, faz do contrato estimatório, in concreto, um contrato por prazo indeterminado, cabendo a ambas as partes a possível denúncia contratual, segundo está em Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 98.

68 Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. (nota 10 supra), p. 208, parece considerar o prazo como o termo final do contrato: “findo o contrato”.

69 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 403 e 423.

70 Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 96.

- 71 Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 100.
- 72 Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 417.
- 73 Idem, p. 419. Segundo F. C. Pontes de Miranda, o direito de posse é direito real que o outorgante atribui ao outorgado. Idem, p. 426.
- 74 Idem, p. 416.
- 75 Idem, p. 405.
- 76 Idem, pp. 419-420.
- 77 Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.
- 78 Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações (nota 10 supra), p. 333.
- 79 Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 403.
- 80 Idem, p. 425.
- 81 Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. (nota 10 supra), p. 208; Bulgarelli, Waldírio vê facultatividade na obrigação de pagar o preço, não na de restituir a coisa, v. Contratos mercantis (nota 4 supra), p. 264; Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 106.
- 82 Contratos mercantis (nota 4 supra), p. 265. Contra, Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 425, para quem o outorgado escolhe.
- 83 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 420.
- 84 Idem, p. 416 e 423. Sobre o dever de pagar despesas atinentes à venda e outras, veja-se também, Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. (nota 10 supra), p. 208.
- 85 Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 107.
- 86 Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 153.
- 87 Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 109.
- 88 Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 392.
- 89 Idem, mesmo local.
- 90 Ibidem, pp. 401-402.

91 Idem, pp. 397-399. No mesmo sentido, Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 126, o qual informa que a jurisprudência tende a identificar contrato estimatório e comissão mercantil. A respeito, cita a decisão publicada na RT 233/169. Veja-se também Lex – JTAC, 174/204, em que se lê: “Embora haja quem distinga a consignação para venda do contrato estimatório típico (cf., a propósito, Bulgarelli, Waldírio. Contratos mercantis (nota 4 supra), p. 264, mesmo porque este não foi contemplado no Brasil em nenhum dispositivo específico, o fato é que, para a finalidade de ser dirimida a presente controvérsia, tal distinção é irrelevante”.

92 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das obrigações: compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório. t. XXXIX. (nota 8 supra), p. 399.

93 Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra), p. 120.

94 Idem, p. 400.

95 Ibidem, p. 117.

96 Sobre o depósito ad vendendum, A. Martin identifica-o com o mandato para vender e a própria comissão – Martin, Antonio. Aspectos do contrato estimatório (nota 3 supra) –, razão pela qual lhe são aplicáveis as considerações aduzidas a seguir, sobre contrato de mandato.

97 Idem, pp. 122-123.

98 Idem, p. 402.

99 Idem, p. 116.