

ORLANDO GOMES

CONTRATOS

26ª edição

Coordenador: Edvaldo Brito

Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo

Francisco Paulo De Crescenzo Marino



EDITORA
FORENSE

Rio de Janeiro

2007

TOZZINI
ADVOCADOS

10429

OTAVIANO
RESCZE

TOZZINIFREIRE BIBLIOTECA
ADVOCADOS BORGES LAGOA

1ª edição – 1959

26ª edição – 2007

© Copyright

† Orlando Gomes

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Gomes, Orlando

G615c Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

Bibliografia.

ISBN 978-85-309-2520-8

I. Contratos. I. Título.

342.14

CDU – 347.4

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, af compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@forense.com.br

Av. Erasmo Braga, 299 – 1º e 2º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3380-6650 – Fax: (0XX21) 3380-6667

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

ACQUISITION
SERVICES

BRITISH
LIBRARY

BRITISH LIBRARY

PRINTED IN BRAZIL

ridades, é um *direito de retenção* “*sui generis*”. Rejeita-se, porém, essa opinião com bons fundamentos, argumentando-se⁴ que o direito de retenção é uma garantia concedida no caso de dívidas recíprocas e conexas, mas que supõe, necessariamente, a independência respectiva das duas obrigações, o que não ocorre nos contratos bilaterais, visto que neles a obrigação de uma parte é a causa jurídica da outra; por isso, quem invoca o *direito de retenção* se julga provido de uma garantia de pagamento que o direito lhe assegura como medida de equidade, enquanto o devedor de um contrato sinalagmático que exige a execução simultânea se prevalece de um dos efeitos próprios do contrato que celebrou.⁵ A exceção de contrato não cumprido não é pura e simples aplicação do *direito de retenção*, mas uma *exceptio* propriamente dita.

O fundamento de tal exceção encontra-se, para alguns, na teoria da causa, para outros na equidade, no princípio do enriquecimento ilícito, ou na teoria do equilíbrio das prestações.⁶

A situação que dá lugar à *exceptio non adimpleti contractus* pode ser invertida. Nesta, uma parte que não cumpriu a obrigação quer que a outra cumpra. Na hipótese inversa, “uma das partes cumpriu, e reclama, então, a que lhe cabe em troca, mas a outra se recusa a isso, ou se vê na impossibilidade de satisfazer a prestação que deve”.⁷ Nesse caso, a parte lesada pode promover a resolução do contrato, com perdas e danos. Mas essa solução somente deve ser adotada quando o cumprimento da obrigação se tornar impossível. Caso contrário, justifica-se a execução coativa em forma específica, se a natureza da obrigação admiti-la.

A *exceptio non adimpleti contractus* não pode ser argüida se quem tem direito a opô-la a ela renunciou, ou se o contrato contém a cláusula *solve et repete*.

Extingue-se o direito de opor a exceção se a prestação se tornou impossível, e, segundo alguns, se houve novação.

70. Vícios redibitórios. Nos *contratos bilaterais* translativos da propriedade, a coisa objeto da prestação do alienante pode ser enjeitada pelo

4 Saleilles, *Étude sur la Théorie Générale de L'Obligation d'après de Premier Projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*, p. 187.

5 Saleilles, ob. cit., p. 188.

6 Cons. Serpa Lopes, ob. cit., pp. 162 a 192.

7 Saleilles, ob. cit., p. 192.

adquirente, se tem defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminuem o valor. Os defeitos ocultos que a desvalorizam ou fazem-na imprestável chamam-se *vícios redibitórios*.

A *garantia* dada pela lei ao contratante prejudicado constitui um dos efeitos diretos dos *contratos comutativos*, cuja função econômica consiste em possibilitar a circulação da riqueza. Não é própria, com efeito, da *compra e venda*, mas comum a todos os contratos translativos da propriedade. Independentemente de cláusula especial, existe, do mesmo modo, nos contratos de *permuta, sociedade e doação com encargo*, assim como na *doação em pagamento*. Os preceitos legais sobre vícios redibitórios não se aplicam apenas à *venda*, devendo ser localizados, pois, em seção independente, antes da disciplina das várias espécies contratuais.

Para haver *vício redibitório* é preciso, em primeiro lugar, que o defeito da coisa seja *oculto*. Se está à vista, presume-se que o adquirente quis recebê-la assim mesmo. Necessário, em segundo lugar, que o vício exista no momento da conclusão do contrato. Se aparece posteriormente, quando já se encontra no domínio do adquirente, a garantia, obviamente, não pode ser invocada. Entendem alguns que, se o defeito se manifestar depois da perfeição do contrato, mas antes da tradição da coisa, haverá *vício redibitório*. O momento da existência seria, então, o da execução do contrato pelo alienante. Por fim, é indispensável que o vício oculto torne a coisa imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminua o valor. Se insignificante, não é atingido sua utilidade ou o seu valor, vício redibitório não é.

É irrelevante que o alienante ignore ou conheça o vício. Em qualquer das hipóteses, não se eximirá da responsabilidade, mas, se conhecia, será obrigado a indenizar os prejuízos que houver causado. Dissimulando a existência do defeito, terá procedido dolosamente, violando de modo direto a obrigação.⁸ Responde, nesse caso, não só pelo dano positivo, isto é, pelo prejuízo que o adquirente sofre por ficar com uma coisa defeituosa, mas, também, pelo que resulta do *interesse negativo* – *negative Vertragsinteresse* –, consistente na privação da vantagem que obteria se a coisa estivesse perfeita.⁹

A essa hipótese de *inexecução culposa* do contrato equipara-se, nos efeitos, a que se configura através da *garantia expressa* dada pelo alienante ao adquirente. É que, oferecendo-a, o transmitente assegura possuir a coi-

8 Saleilles, *L'Obligation*, p. 236.

9 *Idem*, p. 237.

sa as qualidades que o adquirente julga necessárias para a aquisição, pouco importando, então, que tenha aquele procedido culposamente ou não.

71. Fundamento da garantia. Sobre o *fundamento jurídico* da garantia legal contra os *vícios redibitórios*, variam as explicações, sendo mais correntes as seguintes: a) *teoria da evicção parcial*; b) *teoria do erro*; c) *teoria do risco*.

A primeira não é satisfatória. Se a garantia fora dessa natureza, a consequência seria o nascimento do *dever de indenizar* para o alienante em razão de inadimplemento da obrigação, quando é, geralmente, a *redibição* do contrato.

A segunda, considerando a vontade do adquirente viciada por erro sobre uma das qualidades essenciais do objeto, sustenta que, se ele soubesse da existência do defeito oculto, não contrataria. A semelhança é impressionante, favorecendo-a, mas, se verdadeira fosse, a consequência seria a *anulação* do contrato, como nos que se formam com esse vício da vontade. Não se justificaria, por outro lado, o direito do adquirente de pedir abatimento do preço.

A terceira afirma que a responsabilidade pelo vício ou defeito da coisa não é consequência da inexecução da obrigação do alienante, mas imposição da lei, ao determinar que o risco deve ser por ele suportado. A perda deve ser do contraente que entregou a coisa, seja totalmente, se o adquirente a enjeita, seja parcialmente, se a conserva com abatimento de preço. Embora sedutora, como pareceu a Saleilles, padece a teoria de alguns defeitos, como ele próprio assinala. De fato. O problema dos riscos consiste em saber quem sofre a perda com a inexecução fortuita da obrigação; assim sendo, falar de risco a propósito do vício redibitório é admitir que o alienante deve ser responsabilizado por defeitos da coisa por ele desconhecidos, voltando-se, assim, à idéia de *garantia*.¹⁰

Trata-se, realmente, de *garantia* de natureza especial, a que se não aplicam as regras da teoria geral dos riscos.

72. Ações edilícias. O *efeito* da garantia é proporcionar ao adquirente os meios de não sofrer a perda. Dispõe, para isso, de duas *ações edilícias*: a *redibitória* e a *estimatória* ou *quanti minoris*. Pode usar de uma ou de outra, porque juiz único de sua conveniência, mas não lhe é dado cumulá-

10 Saleilles, ob. cit., p. 234.

las. A escolha é irrevogável. Uma vez feita, dá-se uma espécie de *concentração* do direito de acionar.

A *ação redibitória* é o meio de que pode servir-se o adquirente para enjeitar a coisa por vícios ou defeitos ocultos. A *ação estimatória* ou *quantii minoris* tem por objeto a obtenção de abatimento do preço.

O principal efeito da *ação redibitória* consiste na resolução do contrato. Uma vez decretada, assiste ao adquirente o direito à restituição do preço pago e ao reembolso das despesas do contrato. Se o alienante conhecia o vício, ou o defeito, o adquirente fará jus, como visto, ao recebimento de indenização pelas perdas e danos sofridos.

A *ação quantii minoris* não acarreta a redibição do contrato. Dando-lhe preferência, o adquirente limita-se a reclamar abatimento no preço. Claro que não pode fazer a redução por conta própria. Não se trata, por conseguinte, de alteração unilateral do contrato, feito ao arbítrio de uma das partes. Tampouco de indenização. Pela intervenção judicial, a requerimento do interessado, é que obtém o reajustamento do preço.

As bases do cálculo para o abatimento constituem problema de solução difícil. Na ausência de regras explícitas, recorre-se ao *arbitramento*. Há, no entanto, três modos de calcular a redução, como informa Saleilles, baseado na prática alemã. Pelo primeiro, restitui-se o adquirente a diminuição exata de valor que a coisa sofreu. Pelo segundo, a diferença entre o preço pago e o valor verdadeiro que a coisa deveria ter, levando-se em conta o vício. Pelo terceiro, deduz-se do preço parte proporcional à diminuição do valor.¹¹ Os dois primeiros são inaceitáveis, porque repousam em um princípio absoluto. O último, que consiste num cálculo de proporção, baseando-se, pois, em um princípio relativo, condiz com a natureza da garantia oferecida pela lei.¹²

Conquanto seja curto o prazo no qual deve ser proposta a *ação quantii minoris*, o abatimento não deve ser feito tendo em vista o valor do prejuízo no momento em que é proposta, mas, sim, no dia da conclusão do contrato.

O prazo para propor a *ação* começa a correr da tradição da coisa. Pretende-se, porém, que se inicie no dia em que o adquirente descobre o vício. Tal solução é inconveniente por torná-lo variável. Seria absurdo fixá-lo na data de celebração do contrato. Entre nós, o prazo varia, conforme a coisa viciada seja móvel ou imóvel, sendo mais longo neste do que naquele

11 *L'Obligation*, p. 241.

12 Cf. Saleilles, ob. cit., p. 242.

caso. No entanto, é o mesmo, quer se trate da *ação redibitória* ou da *ação quanti minoris*.

Há, para finalizar, uma hipótese em que o adquirente não pode exercer opção, devendo propor, necessariamente, *ação redibitória*: é a do perecimento da coisa em consequência de defeito oculto. Subsiste a responsabilidade do alienante, que, assim, ficará obrigado a restituir o que recebeu, mais as despesas do contrato. Como intuitivo, não caberia, nesse caso, a *ação quanti minoris*, que pressupõe, da parte do adquirente, o desejo de conservar a coisa. Se esta perece em razão de *caso fortuito*, adota-se a mesma solução, se o vício já fora verificado, porque se trata de garantia dos vícios existentes no momento da tradição. Em qualquer das hipóteses, porém, a *redibição* não opera, propriamente, como *resolução*. A solução não se aplica na hipótese da impossibilidade de restituição da coisa em virtude de um ato voluntário de disposição da mesma por parte do adquirente. O terceiro, que a adquiriu, não sofre as consequências da redibição. Se, pois, o adquirente alienar a coisa viciada, fica impossibilitado de exercer a *ação redibitória*.

Não cabe, do mesmo modo, a *ação quanti minoris*, se a coisa foi vendida em *hasta pública*, por isso que, no caso, a alienação é compulsória.

73. Evicção. A *evicção* é a garantia própria dos *contratos comutativos* que criam a obrigação de transferir o domínio de determinada coisa. Deriva do princípio segundo o qual o *alienante* tem o dever de garantir ao *adquirente* a posse justa da coisa transmitida, defendendo-a de pretensões de terceiros quanto ao seu domínio. É um fenômeno próprio de venda de coisa alheia, como diz Mirabelli.

Dá-se *evicção* quando o adquirente vem a perder a propriedade ou posse da coisa em virtude de sentença judicial que reconhece a outrem direito anterior sobre ela. O vocábulo vem do latim *evictio*, que significa recuperação judicial de uma coisa. Resguardar os riscos da *evicção* significa garantir o adquirente contra a perda do domínio por sentença judicial, e, na hipótese de vir ele a perdê-lo, assegurar-lhe a restituição integral do preço mais a indenização dos frutos que tiver sido obrigado a devolver, despesas do contrato, custas judiciais (RA) e honorários advocatícios (RA). Há três formas de *evicção*: a reivindicatória, a expropriatória e a resolutória, segundo Ferri. Na reivindicatória, resulta da sentença que julgou procedente a ação de reivindicação do proprietário da coisa vendida; expropriatória, quando o bem, já penhorado quando foi vendido, vem a ser alienado em *hasta pública*; resolutória, se