

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

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](mailto: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

BRASIL  
C O D A O

BRASIL  
C O D A O

(RA) Por fim, os cônjuges carecem de legitimação para comprar ou vender bens incluídos na comunhão conjugal <sup>18</sup> (RA).

(RA) Os mandatários ou, por qualquer título, representantes não podem, sob pena de anulabilidade, exceto se a lei ou o representado o permitirem, celebrar contrato consigo mesmo ou em conflito de interesses com o representado.<sup>19</sup> Desse modo, é anulável a compra e venda em que uma das pessoas é, além de parte, representante da outra parte. Contudo, nada impede que o representado aliene diretamente ao representante bem cuja administração ou guarda tenha sido confiada a este último, o que é comprovado pela supressão, no Código Civil de 2002, da regra contida no art. 1.133, inciso II, do Código Civil de 1916, que vedava semelhante negócio. O que se proíbe, portanto, não é a venda direta do representado ao representante, mas a venda em que o representante efetivamente exerce seus poderes de representação, acumulando os papéis de comprador e representante do vendedor (RA).

**178. Elementos essenciais.** *Três são os elementos essenciais da compra e venda: res, pretium et consensus.* Quer-se significar com isso que está perfeito e acabado quando se verifica, quanto à *coisa* e ao *preço*, o consentimento. Os dois primeiros constituem o objeto do contrato.

A *compra e venda* se forma obviamente pelo *consentimento* das partes, mas ao enfatizar o *consensus* como um dos elementos essenciais do contrato, quer-se acentuar a sua natureza *simplesmente consensual*, para deixar claro que a entrega da coisa vendida não é necessária à sua perfeição. Basta, com efeito, o simples consentimento, do qual surge, para o vendedor, a obrigação de entregar a coisa e, para o comprador, a de pagar o preço. As declarações de vontade não precisam ser simultâneas.

Realizado o *acordo*, o contrato está formado. Impossível, desde então, o arrependimento. O que se segue é a execução pelo cumprimento das obrigações que origina.

Na compra e venda, o consentimento das partes não reclama exame de particularidades. Quando o objeto da venda é um bem imóvel de valor superior a certa importância declarada na lei, a *escritura pública* é forma *ad substantiam*. Afora essa hipótese, pode dar-se verbalmente ou por instrumento particular, expressa ou tacitamente. O contrato não pode ser apro-

18 (RA) Art. 499 do Código Civil (RA).

19 (RA) Arts. 117 e 119 do Código Civil (RA).

veitado como promessa de venda quando é formal ou solene; nem vale se falta a assinatura de uma das partes.

**179. A coisa.** Em princípio todas as *coisas* no comércio podem ser objeto de venda, *os bens corpóreos e incorpóreos, as coisas presentes e futuras, as próprias e alheias.*

A venda de *bens incorpóreos*, compreendidos os direitos, denomina-se *cessão*. Não tem a finalidade de transferência do domínio propriamente dito, porque este só se exerce sobre *coisas*. Na cessão de herança, por exemplo, o cessionário se torna titular das relações jurídicas da sucessão. Mas, nem por isso, a cessão deixa de ser genuína compra e venda, mas do *nomen accreditatum*. O vendedor só está obrigado a garantir sua qualidade de herdeiro. Na cessão de herança, o herdeiro não vende os bens que encherão seu quinhão. Transfere-se todo o patrimônio ativo e passivo tal como se encontrava no momento da abertura da sucessão. Pode ser objeto de venda qualquer *universalidade*, como, *v.g.*, um estabelecimento comercial.<sup>20</sup> Tendo-se em vista a função econômica da *compra e venda*, poderia parecer, à primeira vista, que só é possível a venda de coisas existentes ao tempo de formação do contrato. Admite-se, no entanto, plausivelmente, a venda de *coisas futuras*.<sup>21</sup> Se o contrato não transfere a propriedade do bem, mas apenas gera a obrigação de transferi-la, nada impede a venda de coisa que ainda não existe, como, por exemplo, os frutos de colheita esperada. Desde que o cumprimento da obrigação do vendedor não seja exigível imediatamente após a formação do contrato não há razão para negar validade à venda de coisas futuras. É, porém, ilícita a venda de herança de pessoa viva.

A venda de coisa futura tem índole jurídica discutida, afirmando-se que é *venda condicional*, venda sob *condicio juris*, simples *promessa*, *contrato em formação*, aparência de venda, ou *compra e venda* meramente *obrigacional*. A discussão não interessa, porém, nos ordenamentos jurídicos, como o nosso, que não atribuem eficácia real à venda.

A venda de coisa futura pode ser aleatória<sup>22</sup> sob duas formas, *emptio spei* e *emptio rei speratae*. (RA) Já a venda de coisa futura,

20 (RA) Art. 1.143 do Código Civil (RA).

21 (RA) Art. 483 do Código Civil (RA).

22 *Vide infra* n° 180. Entendem alguns que a *emptio spei* não é uma venda de coisa futura, mas sim de coisa presente: a *álea*, enquanto outros consideram-na um contrato atípico, que tem afinidade com a locação de serviços. V. Degni, *La Compra-Venta*, trad. de Bonet Ramon, p. 123.

quando comutativa, será resolvida na hipótese de a coisa vir a não existir<sup>23</sup> (RA).

Parece absurda a *venda de coisa alheia*, pois, intuitivamente, a coisa vendida deve pertencer ao vendedor. Uma vez, porém, que, pelo contrato, o vendedor se obriga, tão-só, a transferir a propriedade da coisa, nada obsta que efetue a venda de bem que ainda lhe não pertence; se consegue adquiri-lo para fazer a entrega prometida, cumprirá especificamente a obrigação; caso contrário, a venda resolve-se em perdas e danos. A venda de coisa alheia não é nula, nem anulável, mas simplesmente ineficaz. Se um condômino vende a coisa comum é, entretanto, anulável.

Não se confunde a *venda de coisa alheia* com a entrega de coisa de outrem por força do contrato de compra e venda. A entrega, sob a forma de *tradição*, importa transferência de domínio. Nesse caso, o vendedor responde pela *evicção*. No entanto, a tradição de coisa alheia se revalida com o domínio superveniente do alienante. A venda de coisa futura e de coisa alheia são exceções à regra da existência e da disponibilidade do objeto no momento da celebração do contrato.

Há coisas que, em absoluto, não podem ser vendidas: as que estão fora do comércio. A incomercialidade é absoluta ou relativa, podendo derivar da própria natureza da coisa, como o *ar*, a *luz* e a *água fluente*, ou de sua *destinação ao uso público*, como as praças, as praias, as estradas e as igrejas.

Os frutos pendentes podem ser separadamente vendidos como coisas futuras. A venda tem caráter mobiliário,<sup>24</sup> mas não pode ser oposta ao terceiro adquirente do imóvel. Tais frutos são penhoráveis.

**180. O preço.** O *preço* é a *quantia* que o comprador se obriga a pagar ao vendedor. Elemento essencial do contrato, *sine pretio nula venditio*, dizia Ulpiano.

Deve consistir em *dinheiro*. Se é outra coisa, o contrato define-se como *permuta* ou *troca*. Não se exige, contudo, que seja exclusivamente em dinheiro, bastando que constitua a parcela principal. Para se saber se é *ven-*

23 (RA) Art. 483 do Código Civil (RA).

24 Degni, ob. cit., p. 125. Esclarece Degni que, realmente, os frutos pendentes não podem ser objeto de poder jurídico distinto do que tem o proprietário do bem principal, mas a sua compra se faz para ser eficaz quando separada, e assim autônoma. Devem ser, portanto, considerados em sua futura condição de coisas móveis. Não é necessária escritura pública.

da ou troca, aplica-se o princípio *major pars ad se minorem trahit*; venda, se a parte em dinheiro é superior; troca, se é o valor do imóvel.

O preço pode ser pago de uma só vez, ou parceladamente (*venda à prestação*).

O preço deve ser *sério*; *verum*, como diziam os romanos. Necessário que o vendedor tenha a intenção de exigi-lo e consista em soma que possa ser considerada contrapartida da coisa. Inadmissíveis, portanto, o *preço simulado*, o *preço irrisório*, o *preço vil*. Se *fictício* não vale a venda.<sup>25</sup> A equivalência das prestações não precisa ser objetiva. Exigindo-se apenas que o preço não seja tão insignificante que signifique liberalidade do vendedor ou seu propósito de não o exigir. Algumas legislações permitem a rescisão da venda por *lesão* quando há certa desproporção entre o valor da coisa e o preço estipulado. (RA) Essa é a orientação do Código Civil de 2002, que trata da lesão como causa de anulabilidade do negócio jurídico<sup>26</sup> (RA). A maioria não exige que o preço seja *justo*, considerando-o tal, mesmo “se é superior ou inferior ao valor real do bem vendido”. Se o vendedor não o recebe ou o restitui ao comprador, o contrato é *simulado*. A simulação pode ser *absoluta* ou *relativa*.

Além de verdadeiro, deve o preço ser certo – *certum*. Há de constar no contrato, mas não é preciso que seja *determinado*. Basta que possa ser determinado, como no caso de ser deixado à taxa do mercado, (RA) no de ser fixado mediante índices ou parâmetros (RA), ou no de ser habitualmente pago.

A determinação do preço pode resultar: a) da livre estipulação das partes; b) do arbitramento de terceiro (*arbitrador*);<sup>27</sup> c) da cotação da mercadoria em determinado dia e lugar;<sup>28</sup> d) da aplicação de índices ou parâmetros objetivos<sup>29</sup> (RA).

O primeiro modo de fixação do preço é o mais comum. Em regra, há plena liberdade de estipulação, mas, na venda de certas mercadorias, o preço é tabelado pela autoridade pública.

25 O preço vil ou irrisório não corresponde a qualquer realidade: não é sério e, freqüentemente, é aparente, existindo somente *ad ostentationem* – Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. IV, p. 74.

26 (RA) Art. 157 do Código Civil (RA).

27 (RA) Art. 485 do Código Civil (RA).

28 (RA) Art. 486 do Código Civil (RA).

29 (RA) Art. 487 do Código Civil (RA).

Permite a lei que a fixação do preço seja deixada a arbítrio de *terceiro*, mas desde que os contratantes logo designem ou prometam designar o árbitro. Se este não aceitar a incumbência, o contrato ficará sem efeito, salvo se prevista a substituição. Do mesmo modo, se o terceiro, por qualquer motivo, não pode fixar preço, como, por exemplo, se falece antes de determiná-lo. A decisão do árbitro é irrevogável. Os contratantes não podem recusá-la, exceto se houver erro ou dolo, ou se o terceiro ultrapassou os limites de sua incumbência. Entende-se, porém, que, se as partes conferiram ao *arbitrator* um *arbitrium boni viri*, o arbitramento pode ser impugnado se for evidentemente contrário à equidade (*manifesta iniquitas*).

É possível, também, deixar a fixação do preço à taxa do mercado ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar (RA), bem como à aplicação de índices ou parâmetros objetivos (RA).

Em nenhuma circunstância pode ficar ao arbítrio de um dos contratantes. Violada esta proibição, o contrato será nulo, mas se entende lícita a cláusula pela qual o industrial impõe ao comerciante o preço de seus produtos com o fim de evitar o seu aviltamento.

O preço deve ser fixado em moeda corrente do país.

Não desfigura a compra e venda a estipulação de ser paga em título da dívida pública, como as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, ou em títulos de crédito, como a nota promissória *pro soluto*. Admite-se que o comprador de um bem imóvel, não podendo pagar integralmente o preço no ato de assinar a escritura, entregue ao vendedor determinada quantia, representativa de certa parcela da soma convencionada, e emita em seu favor uma ou mais promissórias para completar, por esse modo, o pagamento, vinculando-as à sua obrigação. A quitação indica que os títulos foram entregues *pro soluto* mas se foram emitidos para reforço do pagamento são *pro solvendo*.

A substituição de dinheiro por outra coisa, consentida pelo vendedor depois de concluído o contrato, não o converte em *troca* ou *permuta*, porque tal estipulação diz respeito à execução da compra e venda. Haverá, então, *dação em pagamento*.

Nas vendas mercantis por exportação, usam-se cláusulas: *CIF* e *FOB*. Venda *CIF* há quando no preço estão compreendidos o custo, o seguro e o frete. Na venda *FOB*, ficam a cargo do comprador, livre a bordo.

(RA) O art. 488 do Código Civil de 2002 supre lacuna do Código de 1916 e prevê a hipótese de as partes não determinarem o preço nem fixarem critérios para determiná-lo. O Código Comercial de 1850, revogado por força do novo Código Civil, regulava a questão, no âmbito da venda mer-

cantil, no art. 193, que parece ter inspirado o art. 488 do Código Civil. De acordo com a regra neste contida, não havendo preço determinado nem critérios para determiná-lo, se não houver tabelamento oficial “entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor”. Trata-se de norma que busca integrar ao contrato o elemento faltante (preço), com o escopo de conservá-lo (princípio da conservação dos negócios jurídicos). Se houver variação entre o preço corrente à data de celebração do contrato e à data de entrega da mercadoria, aplica-se o parágrafo único do art. 488, pelo qual “na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio”. Embora o dispositivo transmita a falsa idéia de que há necessidade de acordo posterior à venda para deliberar sobre o preço corrente, o objetivo do preceito é estabelecer que, na hipótese de o preço corrente nas vendas habituais do vendedor variar, prevalecerá a média dos valores verificados. Se a venda não for habitualmente realizada pelo vendedor, parece razoável buscar determinar o preço de mercado da coisa vendida, solução que encontra apoio no parágrafo único do art. 488 (RA).

**181. Vendas aleatórias.** *A compra e venda pode ser contrato aleatório, se diz respeito:*

a) a *coisas futuras*, cujo risco de não virem a existir seja assumido pelo *comprador*;<sup>30</sup>

b) a *coisas futuras*, cujo risco de virem a existir em qualquer quantidade seja assumido pelo *comprador*;<sup>31</sup>

c) a *coisas existentes*, mas expostas a riscos, assumidos pelo *comprador*.<sup>32</sup> Na primeira hipótese, configura-se a *emptio spei*, isto é, a venda de uma esperança. Na segunda, a *emptio rei speratae*, isto é, a venda de coisa esperada. Exemplos típicos da *emptio spei*: *captus piscium* ou *avium* (produtos da pesca ou da caça), *jacatus missillium* (lançamento de moedas nas fontes públicas).

Necessário distingui-las, tendo-se em vista a diversidade dos seus efeitos. Na *emptio spei*, as *coisas futuras*, que são compradas, podem vir a não ter existência. O exemplo clássico é o da compra ao pescador do lanço da rede. Mesmo que nenhum peixe seja colhido, o contrato é válido, pois o que se comprou foi uma esperança. Na *emptio rei speratae* as *coisas fu-*

30 (RA) Art. 458 do Código Civil (RA).

31 (RA) Art. 459 do Código Civil (RA).

32 (RA) Art. 460 do Código Civil (RA).