

CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL

JOSÉ FRANKLIN DE SOUSA

Pós-graduado pela PUC-SP em Direito Processual Civil
e Direito do Consumidor

2023

O autor é advogado em São Paulo e Fortaleza. Graduado e pós-graduado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Publicou as seguintes obras, todas pela Editora J. H. Mizuno: Elementos da Ação Cautelar, Responsabilidade Civil e Intervenção de Terceiros e Coisa Julgada.

CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL

ÍNDICE

CAPÍTULO I

COMPRA E VENDA

1. Conceito e natureza jurídica.....	9
2. Elementos constitutivos da compra e venda.....	11
3. Estrutura sinalagmática e efeitos da compra e venda.....	12
4. Restrições à autonomia privada na compra e venda.....	15
5. Compra e venda de imóveis futuros.....	21
6. Venda de bens sob administração.....	27
7. Venda de bens em condomínio.....	27
8. Cláusulas especiais à compra e venda.....	47
8.1. Noções.....	47
8.2. Retrovenda.....	47
8.3. Venda a contento e da sujeita a prova.....	52
8.4. Preempção ou preferência.....	55
8.5. Venda com reserva de domínio.....	61
8.6. Venda sobre documentos.....	67
8.7. Troca ou permuta.....	68
8.8. Contrato estimatório.....	71
9. Cuidados ao comprar um imóvel.....	74
10. Contrato, traços norteadores para interpretação contratual.....	75
11. Contratos eletrônicos de compra na internet.....	77
12. Contrato, Elementos Constitutivos e Ação Anulatória.....	80
13. Judiciário brasileiro aplica pela primeira vez a CISG.....	82
14. Antigo proprietário deve pagar multa se não comunica venda.....	88
15. Promessa de compra e venda, mesmo sem registro, gera efeitos.....	89
16. A rescisão do contrato de compra e venda de imóvel.....	90

CAPÍTULO II

CONTRATO DE GAVETA

1. Noções gerais.....	92
2. Validade de quitação.....	104
3. Revisão de cláusulas.....	105
4. Seguro habitacional.....	105

CAPÍTULO III

COMISSÃO

1. Conceito.....	110
2. Obrigações do comissário.....	120
3. Responsabilidade solidária.....	120

4.Prazos de pagamento.....	120
5.Remuneração.....	121
6.Instruções do comitente (representado).....	121
7.Dispensa sem justa causa.....	121
8.Juros.....	121
9.Créditos – preferência.....	121
10.Despesas.....	121
11.Análise legal.....	122
12.Doutrina de Flávio Tartuce.....	193

CAPÍTULO IV

CONTRATO DE SEGURO

1.Noções gerais.....	128
2.Mecanismo do contrato de seguro.....	157
3.Seguro marítimo.....	157
4.Espécies de seguro.....	158
5.Elementos do contrato de seguro.....	159
6.Condições do contrato.....	159
7.Obrigações do segurado.....	159
8.Obrigações do segurador.....	160
9..Seguro de vida.....	160
10.Seguro de dano.....	173
11.Penhora de Bens.....	178
12.Acréscimo à Dívida Condominial.....	178
13.Seguro de responsabilidade.....	183
14.Seguro de pessoa.....	184
15.Ilegalidade da cláusula perfil nos contratos de seguro de automóvel.....	192
16.Causador dano paga segurado, não precisa ressarcir seguradora.....	193
17.Efeito do suicídio no seguro de vida.....	194
18.Seguro DPVAT.....	199
19.A função social nos contratos e seguro.....	204
20.Separação e seguro.....	207
21.Seguro: proteção autoral.....	215
22.Prazo para pedir anulação de cláusula abusiva de seguro de vida.....	216
23.Invalidez permanente autoriza quitar imóvel do Minha Casa Minha Vida..	217

CAPÍTULO V

CONTRATO DIGITAL

1.Noções gerais.....	218
2.Efeito jurídico.....	243
3.Assinatura digital.....	243
3.1.A validade dos contratos assinados eletronicamente.....	244
4.Conceitos de documentos, contratos e assinaturas eletrônicas.....	246

4.1. conceito de documento.....	246
4.2. Conceito de documento tradicional.....	246
4.3. Conceito de documento eletrônico.....	246
4.4. Conceito de contrato.....	247
4.5 Conceito De Contrato Eletrônico.....	248
5.O Computador Como Parte De Um Sistema De Comunicações À Distância.....	249
6.O Computador Como Lugar Para Acordo De Vontades Anteriormente Existentes.....	251
7.O Computador Como Ferramenta Auxiliar No Processo De Formação Da Vontade.....	252
7.1.As ofertas realizadas automaticamente e aceitas ou não por seres humanos (sistemas de empresa para consumidor).....	252
7.2.As ofertas simultaneamente ofertadas e aceitas ou não por sistemas informatizados (sistemas de empresa para empresa).....	252
8. Conceito e finalidade da assinatura formal.....	253
9.Conceito De Certificação E Assinaturas Digitais.....	254
10.Justificativa para o uso do Certificação Digital.....	255
11.Conceito de assinatura digitalizada.....	257
12. Particularidades dos contratos digitais.....	257
12.1. Desafios jurídicos advindos do uso de meios eletrônicos.....	257
12.1.1. Justificativa para o uso da certificação digital.....	258
12.2. Conceito de contrato eletrônico.....	258
13. Computador como parte de um sistema de comunicações à distância.....	260
14.O computador como lugar para acordo de vontades anteriormente existentes.....	261
15. Exigibilidade dos contratos eletrônicos.....	262
15.1. Princípios aplicáveis aos contratos eletrônicos.....	263
15.1.1. Distinção entre contrato civil e consumerista.....	263
15.2. Exigibilidade do contrato não cumprido sem assinatura digital.....	264
15.3. Exigibilidade do contrato não cumprido com assinatura digital.....	264
16.Desistência de contra por WhatsApp.....	266
17.A regulação da criptografia e o bloqueio do WhatsApp.....	267
18.Tribunais violam neutralidade prevista no Marco Civil da Internet.....	270

CAPÍTULO VI

CORRETAGEM

1.Noções gerais.....	272
2.Obrigações do corretor.....	311
3.Remuneração.....	311
4.Corretagem no CDC.....	314
5.Natureza Jurídica.....	326
6.Classificação do contrato de corretagem.....	326

7.Da extinção do contrato.....	329
8.Espécies de corretagem.....	329
9.Direitos e deveres do corretor.....	330
9.1.Direitos do corretor.....	330
9.2. Deveres do corretor.....	330
10.Tratamento normativo da relação jurídica de corretagem.....	331
10.1 Do direito intertemporal.....	331
10.2. Aplicação do Código Civil.....	331
10.3.Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.....	332
11.Corretagem e outros institutos jurídicos.....	334
12.Responsabilidade civil do corretor.....	335
12.1. A responsabilidade civil do corretor perante o Código Civil.....	336
12.2. A responsabilidade civil do corretor perante o Código de Defesa do Consumidor.....	337
12.3. A responsabilidade civil do corretor perante lei especial.....	339
13. Controvérsias recorrentes.....	340
14.Doutrina.....	350
15.Cobrança de remuneração.....	352

CAPÍTULO VII

MANDATO

1.Conceito.....	356
2.Consequências.....	377
3.Casos que não admitem representação.....	377
4.Representação fora do mandato.....	377
5.Natureza jurídica do mandato.....	377
6.Instrumento do mandato.....	378
7.Responsabilidade do substabelecido.....	379
8.Poderes no mandato.....	379
9.Obrigações do mandatário.....	380
10.Obrigações do mandante.....	386
11.Irrevogabilidade do mandato.....	392
12.Extinção do mandato.....	393
13.Morte ou interdição de uma das partes.....	399
14.Terminação do prazo, ou a conclusão do negócio.....	399
15.Mandato judicial.....	404
16.Responsabilidade da administradora do imóvel em caso de inadimplemento do inquilino.....	413
17.Classificação do mandato.....	415
18.Regras do mandato no CC.....	416

CAPÍTULO VIII

EMPRÉSTIMO

1.Comodato.....	420
2.Conceito e natureza jurídica.....	424
3.Elementos.....	426
4.Obrigações do comodatário.....	426
5.Extinção do comodato.....	427
6.Extinção pela morte do comodatário.....	429
7.Doutrina.....	430
8.Mútuo.....	443
8.1.Conceito e natureza do mútuo.....	443

CAPÍTULO IX

FIANÇA

1.Noções gerais.....	457
2.Espécies de fiança.....	467
3.Pessoa do fiador.....	467
4.Efeitos da fiança.....	468
5.Extinção da fiança.....	468
6.Discussão doutrinária.....	471
7.Fiança em locação de imóvel urbano.....	482
8.Seguro garantia judicial.....	483
9.Seguro habitacional cobre vícios ocultos mesmo após quitação do contrato.....	489

CAPÍTULO X

AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO

1.Contrato de agência.....	490
2.Contrato de agência.....	513
3.As figuras do contrato de distribuição.....	520
4.Contexto legal do contrato de agência e distribuição.....	522
5.Conflito de interesses entre agente e proponente.....	522
6.O agente e o zelo no desempenho das funções.....	522
7.Gastos operacionais do agente ou distribuidor.....	522
8.Garantia de remuneração do agente na sua zona.....	522
9.Indenizações.....	523
10.Rescisão contratual.....	523
11.Regência supletiva.....	523
12.Doutrina.....	533

CAPÍTULO XI

TRANSPORTE

1.Noções gerais.....	536
2.Transporte de pessoas.....	562

3. Transporte de coisas.....	600
4. Transporte aéreo.....	616
5. Normas de transporte aéreo internacional.....	657
6. CDC não se aplica a contrato de transporte de insumo.....	667
7. A sub-rogação da seguradora nos sinistros de transportes marítimos.....	668
 Bibliografia.....	 673
Notas.....	685

CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL

CAPÍTULO I

1.Noções.

A grande inovação trazida pelo Código Civil foi a inserção em seu rol de alguns contratos que pertencem ao direito comercial, tais como o contrato de comissão, de agência e distribuição, o de corretagem, o de transporte de pessoas e de coisas.

O contrato de compra e venda não basta, por si só, para transladar o domínio da coisa que constitui seu objeto. A compra e venda é o contrato pelo qual alguém (vendedor) se obriga a transferir ao comprador o domínio de coisa móvel ou imóvel mediante uma remuneração, denominado preço.

Em regra, a propriedade móvel se transfere pela tradição (entrega da coisa) enquanto a propriedade imóvel transfere-se pelo registro do contrato no Cartório de Registro de Imóveis (CRI).

Portanto, o contrato de compra e venda traz somente o compromisso do vendedor em transmitir a propriedade, denotando efeitos obrigacionais (art. 482, CC). O contrato é translativo no sentido de trazer como conteúdo a referida transmissão, que se perfaz pela tradição nos casos que envolvem bens móveis, ou pelo registro, nas hipóteses de bens imóveis.

Na compra e venda de imóvel a transcrição no registro imobiliário do título translativo da propriedade apenas completa, ainda que necessariamente, a operação iniciada com o contrato, ou qualquer outro negócio translativo. O *modus* é condicionado pelo *titulus*. O registro é ato automático, independente de providências do transmitente.¹

O contrato de compra e venda possui as seguintes características: a) bilateral ou sinalagmático por excelência, havendo sinalagma (direitos e deveres proporcionais entre as partes, que são credoras e devedoras entre si; b) oneroso, porque há sacrifícios patrimoniais para ambas as partes, ou seja, para o comprador e para o vendedor (prestação + contraprestação); c) em regra, a compra e venda é contrato comutativo porque as partes sabem de antemão quais serão as suas prestações. Eventualmente, incidirá o elemento áleas ou sorte, podendo a compra e venda assumir a forma de contrato aleatório, envolvendo riscos.

Nesses casos, surgem duas vendas aleatórias (arts. 458 a 461, CC): 1) venda de coisas futuras quanto à existência (art. 458, CC) e à quantidade (art. 459, CC); 2) venda de coisas existentes, mas expostas a risco (art. 460, CC).

Em relação à venda de coisas futuras, o risco do contrato pode referir-se à:

1) venda da esperança quanto à existência da coisa ou venda da esperança (*emptio spei*): refere-se à assunção de riscos por um dos contratantes no tocante à existência da coisa, caso em que o outro terá direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir;

2) venda da esperança quanto à quantidade da coisa ou venda da esperança como coisa esperada (*emptio rei speratae*): refere-se à assunção de riscos por um dos contratantes sobre a quantidade da coisa, caso em que o alienante terá direito a todo o preço, desde que de sua parte não tenha concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.

Nessa situação, é fixada uma quantidade mínima para a compra, ou seja, neste contrato há um objeto mínimo fixado para compra e venda. As condições para negociar o preço são piores porque o risco é menor; há uma taxa mínima em relação ao objeto. Nas hipóteses de venda de coisas já existentes, mas expostas a risco assumido pelo adquirente terá igualmente direito o alienante a todo o preço, ainda que a coisa não mais exista, no todo ou em parte, no dia da formalização do contrato (art. 460, CC).

Entretanto, o contrato poderá ser anulado se o prejudicado provar que o outro contratante agiu com dolo, ou seja, que não ignorava a consumação a que no contrato se considerava exposta a coisa (art. 461, CC). Fica dúvida se a compra e venda é um contrato consensual (que tem aperfeiçoamento com a manifestação da vontade) ou real (o aperfeiçoamento ocorre com a entrega da coisa).

Na realidade, a compra e venda é contrato consensual, pois o aperfeiçoamento ocorre com a composição das partes. A compra e venda pode ser negócio formal (solene) ou informal (não solene). A solenidade está relacionada com a escritura pública e não com a forma escrita (formalidade é gênero, solenidade é espécie).

O contrato de compra e venda exige escritura pública quando o valor do bem imóvel, objeto do negócio, for superior a 30 salários mínimos (art. 108, CC), contrato formal e solene. No entanto, em todos os casos envolvendo imóveis, é necessária a forma escrita para registro no CRI, estando a eficácia no mesmo plano que a validade do contrato em questão (contrato formal e não solene).

Na compra e venda de bem móvel, de qualquer valor, não há necessidade

de escritura pública nem de forma escrita, pois não há registro (contrato informal e não solene). A compra e venda é um contrato típico, pois está tratado pela codificação privada, sem prejuízo de outras leis específicas. Algumas vezes, a compra e venda assume a forma de adesão, podendo ainda se contrato de consumo (arts. 2º e 3º, CDC).

Para o contrato de consumo, a teoria do diálogo das fontes é fundamental, pois as regras relativas ao contrato previsto no CC devem ser interpretadas de acordo com os princípios de proteção ao consumidor e com os artigos do CDC.

A compra e venda é contrato consensual, sinalagmático, oneroso, em regra comutativo, em alguns casos sujeito à forma prescrita em lei, porém, no mais das vezes, independentemente de qualquer solenidade.

2.Elementos constitutivos da compra e venda.

O consentimento deve recair sobre o objeto e sobre o preço, com a deliberação de alcançar o resultado que o contrato oferece: a aquisição da coisa e a transferência do preço. O preço é o segundo elemento estrutural do negócio. Ele deve ser em dinheiro, pois, se o não for, caracteriza-se o contrato de troca e não o de compra e venda.

O fato de o contrato ser bilateral, envolvendo reciprocidade entre prestações de cada qual das partes, implica o estabelecimento de regras sobre o momento em que tais prestações devem ser oferecidas, visando garantir o cumprimento do negócio. As partes devem ser capazes sob pena de nulidade ou anulabilidade da compra e venda, o que depende da modalidade de incapacidade. Não se pode esquecer das regras especiais de legitimação, como a que consta do art. 1647, I, do CC, que trata da necessidade de outorga conjugal para venda de bens imóveis a terceiros.

Não havendo tal outorga (uxória ou marital), a compra e venda será anulada (art. 1649, CC), desde que proposta ação anulatória pelo cônjuge no prazo decadencial de dois anos, contados da dissolução da sociedade conjugal. A referida outorga é dispensável se o regime entre os cônjuges for o da separação absoluta.

Em relação ao consentimento emitido pelas partes, que deve ser livre e espontâneo, deve ainda recair sobre os demais elementos do contrato de compra e venda, quais sejam a coisa e o preço. Em havendo um dos vícios do consentimento (erro, dolo, coação moral, estado de perigo e lesão), o contrato de compra e venda é anulável (art. 171, II, CC).

A coisa deve ser lícita, determinada (coisa certa) ou determinável (coisa incerta, indicada pelo gênero e quantidade). O art. 483 do CC trata da compra e

venda de coisa futura, como ocorre nas vendas sob encomenda. Mas a coisa futura deve existir em posterior momento, sob pena de ineficácia do contrato, salvo se a intenção das partes era celebrar um contrato aleatório, dependente da sorte ou risco.

A coisa deve ser também alienável, ou seja, deve ser consumível no âmbito jurídico, conforme preconiza a segunda parte do art. 86 do CC (consuntibilidade jurídica). A venda de um bem inalienável, caso do bem de família voluntário ou convencional (arts. 1711 a a 1722, CC), é considerada nula, seja pela ilicitude do objeto (art. 166, II, CC) ou por fraude à lei imperativa (art. 166, VI, CC).

O preço (remuneração do contrato) deve ser certo e determinado e em moeda nacional corrente, pelo valor nominal, conforme o art. 315 do CC (princípio do nominalismo). O preço, em regra, não pode ser fixado em moeda estrangeira ou em ouro, sob pena de nulidade absoluta do contrato (art. 318, CC). Exceção deve ser feita para a compra e venda internacional, nos termos do DL 857/1969.

Algumas categorias especiais de preço e as regras correspondentes:

a) preço por cotação: admitido pelo art. 487 do CC, sendo lícitos os contratos de compra e venda cujo preço é fixado em função de índices ou parâmetros suscetíveis de objetiva determinação, caso do dólar e do ouro, desde que conste o correspondente em real;

b) preço por avaliação: o preço deve ser arbitrado pelas partes ou por terceiro de sua confiança. Se esse terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato (ineficácia), salvo quando os contratantes concordarem em indicar outra pessoa;

c) preço tabelado e preço médio: se as partes não convencionarem o preço, valerá o preço tabelado, que por ter relação com a ordem pública não pode ser contrariado (aplicação da função social do contrato).

Não havendo convenção ou tabelamento, valerão os preços de costume, decorrentes das vendas habituais. Em havendo vários preços habituais, prevalecerá o preço médio, a ser fixado pelo juiz.

V Jornada de Direito Civil.

Enunciado 441 (CJF/STJ): Na falta de acordo sobre o preço, não se presume concluída a compra e venda. O parágrafo único do art. 488 somente se aplica se houverem diversos preços habitualmente praticados pelo vendedor, caso em que prevalecerá o termo médio.

d) preço unilateral: o art. 489 do CC consagra a nulidade da compra e

venda se a fixação do preço for deixada ao livre arbítrio de uma das partes. Esse dispositivo proíbe o preço cartelizado, ou seja, manipulação por cartéis, grupo de empresas que se reúnem para estabelecer acordos sobre fixação de preços e cotas de produção para cada membro, com o fim de dominar o mercado e disciplinar a concorrência, o que caracteriza abuso do poder econômico.

3. Estrutura sinalamática e efeitos da compra e venda.

No direito civil contemporâneo prevalece a prática das relações obrigacionais complexas, ou seja, situações em que as partes são credoras e devedoras entre si, ao mesmo tempo. Essa realidade obrigacional é precursora do sinalagma obrigacional ou contratual, presentes em contratos como o de compra e venda.

No contrato de compra e venda há uma proporção igualitária de direitos e de deveres. O conceito de sinalagma mantém íntima relação com o equilíbrio contratual, com a base estrutural do negócio jurídico. O direito do comprador é de receber a coisa e o seu dever é de pagar o preço. Por outro lado, o direito do vendedor é receber o preço, e o seu dever é de entregar a coisa.

Os riscos em relação à coisa correm por conta do vendedor, que tem o dever de entregá-la ao comprador, pois, enquanto não o fizer, a coisa ainda lhe pertence, incidindo a regra *res perit domino* (a coisa perece com o dono). Os riscos pelo preço correm por conta do comprador (art. 492, CC), que tem os deveres dele decorrentes.

As despesas com transporte e tradição correm, por conta do vendedor (art. 490, CC). As despesas com escritura e registro serão pagas pelo comprador (art. 490, CC). O art. 490 do CC, que consagra regras a respeito das despesas de escritura, registro, transporte e tradição, é norma de ordem privada, podendo haver previsão em sentido contrário ao instrumento contratual, conforme a convenção das partes.

Pelo art. 393 do CC é possível que a parte se responsabilize por caso fortuito e força maior quanto à responsabilidade contratual por meio da cláusula de assunção convencional. A divisão das despesas de transportes é comum na compra e venda internacional, por meio dos *Inconterms* (*International Commercial Terms* ou Cláusulas Especiais da Compra e Venda no Comércio Internacional). Ex: cláusula FOB (*free on board*), pela qual o vendedor responde pelas despesas do contrato até o embarque da coisa no navio.

O art. 491 do CC complementa a previsão da exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 476 da mesma codificação. Assim sendo, na venda à vista, diante do sinalagma, somente se entrega a coisa mediante o pagamento

imediatamente do preço. Entretanto, por se tratar de norma de ordem privada, as partes podem afastá-la, por meio da cláusula *solve et repete*, em regra.

O art. 492 do CC traz regra que diz que até o momento da tradição os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador. Os casos fortuitos (eventos totalmente imprevisíveis) que ocorrerem no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que normalmente se recebem dessa forma (contando, pesando, medindo ou assinalando), e que já tiverem colocadas à disposição do comprador, correrão por conta deste (art. 492, § 1º, CC).

A exemplo do que consta do art. 400 do CC, acaba-se punindo o credor pelo atraso no recebimento da obrigação. Em relação à tradição da coisa vendida, não havendo estipulação entre as partes, a entrega deverá ocorrer no lugar onde se encontrava ao tempo da celebração da venda (art. 493, CC). Trata-se de uma norma de ordem privada, e, como tal, é possível que o instrumento contratual traga previsão de outro local para a entrega da coisa móvel (tradição).

É possível que as partes negociem a expedição da coisa por parte do vendedor, como é comum nas vendas realizadas fora do estabelecimento comercial. Nesses casos, se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a coisa a quem deva transportá-la, salvo se o vendedor não seguir as instruções dadas pelo comprador (art. 494, CC).

Se o comprador determinou a expedição de forma errada e, em decorrência disso, ela veio a se perder, a responsabilidade será sua, já que agiu com culpa por ação (*culpa in comittendo*). Se o erro foi do vendedor, que desobedeceu às ordens do comprador, por sua conta correrão os riscos pelo fato de ter agido como um mandatário infiel.

Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência civil, poderá o vendedor sobrestar a entrega da coisa objeto de contrato, até que o comprador lhe dê caução, ou seja, que preste uma garantia real ou fidejussória de pagar no tempo ajustado. O mesmo se aplica à situação em que o vendedor se tornar insolvente, motivo pelo qual o comprador poderá reter o pagamento até que a coisa lhe seja entregue ou que seja prestado caução.

4. Restrições à autonomia privada na compra e venda.

A autonomia privada contratual não é sempre soberana, encontrando limitações na ordem pública, o que muito bem expressa o princípio da função social dos contratos.

No que se refere ao contrato de compra e venda feita por ascendente a descendente, torna-se ele suscetível de anulabilidade, não mais se podendo falar em nulidade. O dispositivo espanca a vacilação então dominante na doutrina, diante do preceituado pelo artigo 1196 do CC/1916, tornando defeso que os ascendentes pudessem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentissem. A referência expressa à anulabilidade contida na nova norma encerra, por definitivo, dissenso jurisprudencial acerca das extas repercussões à validade do negócio jurídico, quando superada por decisões recentes do STJ, o Enunciado 494 do STF.²

Dessa forma, para vender um imóvel para um filho, o pai necessita de autorização dos demais filhos e de sua mulher, sob pena de anulação da venda. Pela dicção do art. 496 do CC, dispensa-se a autorização do cônjuge, se o regime for o da separação obrigatória de bens, aquele que é fixado pela lei (art. 1641, CC).

Cabe observar que o início desse parágrafo único, utiliza a expressão ‘em ambos os casos’. Porém, esta expressão deve ser desconsiderada, pois houve erro de tramitação, sendo certo que o projeto original da codificação trazia no caput tanto a venda de ascendente para descendente quanto a venda de descendente para ascendente, apontando a necessidade da referida autorização nos dois casos.

A segunda hipótese (venda de descendente para ascendente) foi retirada do dispositivo, não havendo a necessidade de autorização em casos tais. Esqueceu-se no trâmite legislativo de alterar o parágrafo único.

Na realidade, não existe ambos os casos. O caso é um só: a venda de ascendente para descendente. Houve equívoco no processo legislativo. O artigo correspondente do anteprojeto do Código Civil, publicado no DOU de 07.08.1972 (art. 490) não previa qualquer parágrafo. A redação era a seguinte: Art. 490 – Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam. A venda não será, porém, anulável, se o adquirente provar que o preço pago não era inferior ao valor da coisa. No Projeto 634/1975, DOU 13.06.1975, houve alteração: Art. 494 – É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes expressamente houverem consentido. Em plenário, foram apresentadas pelo Dep. Henrique Eduardo Alves as Emendas 390, 391 e 392 ao art. 494.

A primeira delas para tornar nula a venda e para exigir a anuência do cônjuge do vendedor: Art. 494. É nula a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge expressamente houverem consentido.

A segunda, para acrescentar um parágrafo considerando nula também a venda de descendente para ascendente: Art. 494. § 1º. É nula a venda de descendente para ascendente, salvo se o outro ascendente do mesmo grau, e o cônjuge do vendedor expressamente houverem consentido.

A terceira emenda acrescentava mais um parágrafo (2º), com a redação do atual parágrafo único, com a finalidade de dispensar o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória: Art. 494. § 2º.

Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória. Pelo que se vê do texto do Código, a primeira emenda (390) foi aprovada em parte, só para exigir a anuência do cônjuge. A segunda emenda (391) foi inteiramente rejeitada.

E a terceira (392) foi acolhida e transformada no atual parágrafo único. Esqueceu-se de que a segunda emenda, que previa uma segunda hipótese de nulidade, a venda de descendente para ascendente, foi rejeitada. Assim, no contexto das emendas, fazia sentido lógico a presença da expressão em ambos os casos, isto é, nos dois casos de nulidade, venda de ascendente para descendente e venda de descendente para ascendente.

Agora não faz sentido, porque, como foi dito no início, a hipótese legal é uma só: a venda de ascendente para descendente. Houve erro material, s. m. j., e a expressão em ambos os casos deve ser tida como não escrita, dispensáveis maiores esforços do intérprete para achar um significado impossível. A regra de que a lei não contém expressões inúteis não é absoluta. Cumpre, portanto, desconsiderar a expressão em ambos os casos (José Osório de Azevedo Júnior).

O art. 496 do CC é uma norma restritiva de direitos, que não se aplica por analogia aos casos de união estável. Assim sendo, não há necessidade de autorização do companheiro para o referido ato (outorga convivencial). Para o caso em questão o prazo é decadencial e não prescricional, o que é comum nas ações condenatórias. Por isso, aplica-se o prazo de dois anos, contados da celebração do negócio (art. 179, CC).

VI Jornada de Direito Civil (CJF/STJ).

Enunciado 545: O prazo para pleitear anulação de venda de ascendente a descendente sem anuência dos demais descendentes e/ou do cônjuge é de 2 (dois) anos, contados da ciência do ato, que se

presume absolutamente, em se tratando de transferência imobiliária, a partir da data do registro de imóveis.

No entanto, a jurisprudência do STJ vem entendendo que a anulação da venda de ascendente para descendente somente é cabível se houver prova do prejuízo pela parte que alega a anulabilidade.³

Em outro julgado o STJ deixou consignado que 'não é possível ao magistrado reconhecer a procedência do pedido no âmbito da ação anulatória da venda de ascendente a descendente com base apenas na presunção de prejuízo decorrente do fato de o autor da ação anulatória ser absolutamente incapaz quando da celebração do negócio por seus pais e irmão. Com efeito, tratando-se de negócio jurídico anulável, para que seja decretada a sua invalidade é imprescindível que se comprove, no caso concreto, a efetiva ocorrência de prejuízo, não se admitindo, na hipótese em tela, que sua existência seja presumida'.⁴

O art. 499 do CC possibilita a compra e venda entre cônjuges, desde que o contrato seja compatível com o regime de bens por eles adotado. Assim, só é possível a venda de bens excluídos da comunhão, residindo no final do dispositivo a restrição específica da compra e venda. Se um bem que já fizer parte da comunhão for vendido, a venda é nula, por impossibilidade do objeto (art. 166, II, CC).

A norma do art. 499 do CC não é totalmente restritiva, podendo ser aplicada por analogia à união estável, sendo possível a venda entre companheiros de bens excluídos da comunhão. Em regra, o regime de bens da união estável é o da comunhão parcial de bens, não havendo contrato de convivência prevendo o contrário (art. 1725, CC).

Contudo, a compra e venda entre cônjuges não poderá ser celebrada com fraude contra credores, fraude de execução ou simulação. No primeiro caso será anulável (art. 171, CC), no segundo caso será ineficaz e no terceiro (art. 792, CPC), e no terceiro será nula (art. 167, CC).

A fraude de execução é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na fraude pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva. Trata-se de instituto tipicamente processual. É considerada mais grave do que a fraude contra credores, vez que cometida no curso de processo judicial, executivo o apto a ensejar futura execução, frustrando os seus resultados. Isso deixa evidente o intuito de lesar o credor, a ponto de ser tratada com mais rigor.⁵

Não havendo vícios, é perfeitamente possível a referida venda entre cônjuges, em virtude do seu caráter bilateral e oneroso, havendo uma prestação

mediante contraprestação, e, porque o CC possibilita até a mudança de regime de bens, desde que justificada (art. 1639, § 2º, CC). Observe-se que a venda é possível mesmo no regime da comunhão universal, pois há bens excluídos nesse regime, caso dos bens de uso pessoal e dos utensílios de trabalho de cada um dos consortes, que podem ser vendidos entre eles (art. 1668, CC).

O artigo 496 do Código Civil de 2002 reputa anulável a venda de ascendente a descendente realizada sem o consentimento do cônjuge e o assentimento dos demais descendentes. O consentimento do cônjuge é dispensado se o regime de bens adotado corresponde ao da separação obrigatória.

O Código Civil de 1916 continha preceito similar em seu artigo 1.132. Alude-se a necessidade de consentimento para a alienação, caso o bem integre o patrimônio comum do casal; daí a necessidade de consenso, acordo de vontades, consentimento.

Entretanto, se o bem pertence exclusivamente ao vendedor, vez que a opção pela alienação cabe apenas ao titular do direito, mister se faz o assentimento, ou seja, a concordância dos outros. Tal restrição ao direito de dispor dos bens não é estranha a tradição jurídica luso-brasileira, como se pode verificar do Título 12 do Livro IV das Ordenações Filipinas: ‘Por evitarmos muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes, determinamos que ninguém faça venda alguma a seu filho, ou neto, nem a outro descendente’.

Tal proibição é mais antiga: existe desde as Ordenações Manuelinas. Assevera, também, que a vedação se dá no intuito de evitar que se oculte uma doação inoficiosa de ascendente a certo descendente sob as vestes do contrato de compra e venda, em prejuízo dos demais. Pois, a doação de ascendente a descendente é considerada antecipação da herança (art. 544, CC); o que obriga o descendente beneficiado pela doação a levar a coisa recebida por liberalidade a colação (art. 2.002, CC), para igualar as legítimas dos herdeiros.

Em relação a coisa vendida, por outro lado, tal dever não se impõe.⁶ Para Pontes de Miranda,⁷ o objetivo da regra é ‘o de pré-excluir enganos e demandas entre ascendentes e descendentes, o que estava explícito nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 12, mais, portanto, do que evitar dissimulação de doações. Não se falou em legítimas’.

O Código Civil de 2002, portanto, impõe a sanção de anulabilidade para a conduta que, diretamente, infringe tal norma cogente, consistente na conclusão de contrato de compra e venda de ascendente a descendente sem o assentimento dos demais descendentes e o consentimento do cônjuge.

Parcela considerável da doutrina e da jurisprudência, contudo, titubeia quanto a imposição de idêntica sanção em se verificando a realização de contrato de compra de ascendente a descendente por interposta pessoa. Neste caso, há quem pugne pela imposição da sanção de nulidade do ato, invocando a simulação ou a fraude a lei. É interessante notar certa inversão, levando-se em consideração entendimento já superado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por mais de cinquenta anos, sob a vigência do Código Civil de 1916, o STF manteve entendimento incorreto de que na venda direta existiria nulidade com prescrição de vinte anos, mas na venda realizada por interposta pessoa ocorreria anulabilidade.

Tal equívoco de interpretar a venda por interposta pessoa como simulação já havia sido eliminado com a adoção do entendimento pela nulidade do ato praticado por interposta pessoa, em razão da fraude a lei (Súmula 494).

O legislador, na tentativa de igualar o tratamento dispensado a fraude a lei ao da simulação, recaiu em equívoco ao sancionar as duas situações com a nulidade (art. 166, CC). Ora, infringe norma jurídica cogente aquele que faz o que ela proíbe ou não faz aquilo que ela impõe. Tal infração pode ocorrer direta ou indiretamente. Dá-se diretamente, 'quando sem rebuscos ou artifícios, se infringe norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, fazendo ou obtendo resultado que a lei proíbe, ou não fazendo ou evitando fim que a lei impõe (art. 166, VII)'.⁸

Tal ofensa, contudo, pode ser indireta ou oblíqua. A doutrina geralmente denomina tal ofensa indireta de fraude a lei, cuja caracterização exige 'que alguém realize um ato invocando o amparo de determinada norma, chamada lei de cobertura. A particularidade está em que, ao assim agir, labora o sujeito de direito com o propósito de concretizar um fim ou escopo vedado por outra norma legal, sendo esta de colorido imperativo'.⁹

Entretanto, seguindo o magistério de Pontes de Miranda, parece inadequado falar em fraude a lei como infração indireta a norma jurídica. É preferível o emprego da expressão infração indireta a norma jurídica, para referir apenas a conduta intencional de violar indiretamente a lei; já que tal animus não é elemento caracterizador da infração indireta.

É de se reconhecer que consiste em uma expressão de uso generalizado, adotado inclusive pelo Código Civil; o que nos inibe de recusá-la. A venda de ascendente a descendente por interposta pessoa constitui, portanto, infração indireta a norma jurídica; figura que não se confunde com a simulação. Pois, na simulação, 'há um descompasso entre a vontade real e a declarada'.

Por sua vez, na fraude à lei, ao se praticar o ato em tese permitido, as partes pretendem os efeitos deste, embora tenham, para esse fim, burlado a incidência de uma norma injuntiva.¹⁰

Na fraude à lei, o autor quer o que realmente aparece. Quando o pai transmite, declarando vender, um bem a terceiro (interposta pessoa) e esse o 'vende' ao filho, obtém o pai o resultado que a lei proíbe para a venda ao filho sem o assentimento dos demais filhos e o consentimento da esposa. Na fraude à lei, portanto, não há aparência, mas atos verdadeiros.

Todavia, parece-nos um disparate considerar que a ofensa a norma que proíbe a venda de ascendente a descendente possa suportar sanções diversas, a depender da caracterização da ofensa como direta (sanção de anulabilidade) ou indireta (sanção de nulidade). Ora, o direito pode ser caracterizado como um sistema de comunicação, que 'produz e reproduz o sentido' a partir de suas próprias temáticas, de seus elementos e instituições.¹¹

Apesar de composto por regras instituídas em momentos variados, tal incongruência do sistema jurídico é superada pelo princípio da coerência, 'sem o qual a aplicação da lei será imperfeita'. Um princípio novo, que modifique substancialmente a perspectiva das leis envelhecidas, altera fundamentalmente o espírito de todo o sistema, e irradia a luz de seu novo sentido a todo o conjunto.¹²

Nesse caso, apesar da venda de ascendente a descendente por interposta pessoa restar caracterizada como fraude a lei, que receberia a sanção de nulidade; não se pode olvidar que 'que toda vez que a ordem jurídica, para a hipótese de sanar violação de norma imperativa, refere-se a um resultado específico, este deverá preponderar sobre a nulidade'.¹³

A fraude à lei, como violação indireta, logicamente deve ter o mesmo tratamento que a violação direta. Para consequências iguais, sanções iguais. E foi isto o que o legislador de 2002 pensou em fazer quando atribuiu a nulidade como consequência na fraude à lei e na simulação; isso para 'fugir' da confusão que grassava na doutrina, como resultado da má compreensão dos institutos, especialmente da fraude à lei. Foi matéria sempre mal tratada pela doutrina e jurisprudência nacionais.

No entanto, por desconhecer a verdadeira essência da fraude à lei, ao tratar da venda de ascendente a descendente sem o assentimento dos demais descendentes, atribuiu a sanção da anulabilidade quando a venda for feita diretamente; mantendo, portanto, a nulidade quando a venda se der por interposta pessoa (fraude à lei). Inverteram-se, apenas, os termos do problema que existia anteriormente.

No Código Civil de 1916, a venda direta era nula e a jurisprudência reputava anulável a venda indireta. Atualmente, a venda direta é anulável (com preclusão de dois anos art. 179, CC). Trata-se de incoerência resultante da ignorância do legislador no trato dos institutos. Destarte, precisamos concluir que, de lege ferenda, que a sanção aplicável a venda de ascendente a descendente praticada como ato em fraude à lei deve ser a mesma prevista para a hipótese de violação direta a lei (art. 496, CC): anulabilidade, com preclusão de dois anos.

Diante do possível descompasso entre a lei revogada e o tratamento dispensado a certa questão pela nova lei, é comum que existam dúvidas quanto a aplicação da lei no tempo.

VI Jornada de Direito Civil.

Enunciado 545: O prazo para pleitear a anulação de venda de ascendente a descendente sem anuência dos demais descendentes e/ou do cônjuge do alienante é de 2 (dois) anos, contados da ciência do ato, que se presume absolutamente, em se tratando de transferência imobiliária, a partir da data do registro de imóveis.

Enunciado 549: A promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil.

5.Compra e venda de imóveis futuros.

A compra da casa própria continua sendo um sonho brasileiro. A baixa renda da população brasileira e as constantes oscilações das políticas de crédito e o estímulo do governo à construção civil são causas importantes das dificuldades existentes para a aquisição do imóvel. Tudo somado aos problemas econômicos e sociais de um grande país em desenvolvimento levam a um déficit habitacional resistente a todas as políticas implementadas nos últimos anos.

É verdade que alguma melhora nesse quadro ocorreu, especialmente em relação às moradias populares. Todavia, de acordo com estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas para o Sinduscon-SP, embora o programa 'Minha Casa, Minha Vida' tenha reduzido, em cinco anos, o déficit habitacional do país em 8%, o número de famílias de baixa renda sem habitação adequada continuará crescendo, estimando-se em R\$ 76 bilhões ao ano o volume de recursos necessários para atender um milhão de famílias ao ano.

Em 2012 o déficit habitacional das famílias de baixa renda foi calculado em 5,2 milhões. Esses números são suficientes para indicar a dimensão do problema que a questão da moradia representa hoje para a sociedade brasileira.

Pressionadas pela necessidade, famílias empenharam todas as suas economias para a compra de imóveis nos últimos anos, motivadas pelo aumento

da oferta e as facilidades de crédito que em certo momento o mercado apresentou. Ocorre que a economia brasileira mudou substancialmente e os adquirentes de imóveis perderam renda e emprego, tornando o sonho da casa própria um pesadelo para quem se aventurou em negócios imobiliários. Decorre dessa dramática situação uma patologia jurídica que afeta a economia das empresas do setor da construção civil, com reflexos diretos nos tribunais, que é o inadimplemento dos contratos.

Entre os imóveis mais procurados nos grandes centros urbanos estão os apartamentos por construir e sobre os negócios desses imóveis é que tem se manifestado mais fortemente o inadimplemento, que levou as construtoras e incorporadoras a pedir a resolução dos contratos e aos próprios adquirentes a procurar desfazer esses negócios. Em muitos casos as partes chegaram a fazer o distrato.

Embora o desfazimento bilateral dos contratos (distrato) decorra da vontade das partes, temos visto chegar ao tribunal muitas causas envolvendo esse negócio jurídico. São adquirentes que não aceitam as perdas que sofreram quando assinaram o acordo de desfazimento do contrato, levando o tribunal a decidir sobre os efeitos desse negócio.

No Direito brasileiro se verifica alguma incerteza sobre o direito das partes nessas relações de compromisso de compra e venda de imóveis futuros. De um lado o Código de Defesa do Consumidor estabelece no art. 53 que, 'nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado'.

De outro lado, o Código Civil é claro ao afirmar no art. 389 que 'não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos'. Portanto, se ao adquirente é assegurado não perder tudo o que pagou, ao compromissário vendedor é garantida a reparação dos danos causados pelo inadimplemento culposo. Aqui estão os elementos da equação que deve ser resolvida no distrato.

Integra essa equação a natureza cogente e a ordem pública inerente às disposições do Código de Defesa do Consumidor, que prevalece sobre a própria vontade manifestada pelo adquirente nas relações de consumo.

O distrato é um acordo de vontades dirigido a desfazer o contrato e está previsto expressamente no art. 472 do Código Civil. A mesma vontade que atuou para formar o contrato, pode agora atuar para desfazer o negócio. É expressão da autonomia privada. Exige o Código Civil somente que o distrato se faça pela

mesma forma exigida para o contrato. É uma espécie de simetria relativa de forma que o Código Civil adotou.

É necessário para o distrato que se observem os mesmos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, especialmente a capacidade e o poder de disposição patrimonial das partes. Outro requisito de validade do distrato, que se mostra evidente, é que ele se faça pelas mesmas partes do contrato.

O distrato não pode ser admitido se o contrato já se encontra cumprido. Nesse caso, voltar à situação anterior representa um novo negócio, como se fora uma venda regressiva, de forma que de distrato não se trata. Os efeitos produzidos pelo distrato são *ex nunc*, valendo para o futuro, mas as partes o podem dar efeitos retroativos, desde que respeitados os direitos de terceiros.

A validade do distrato também está ligada diretamente ao cumprimento das normas de ordem pública, à boa-fé objetiva, à função social do contrato e ao equilíbrio nas relações. É necessário, portanto, conciliar o interesse de ambas as partes no desfazimento do negócio.

Em geral os contratos de compromisso de compra e venda de unidades futuras estabelecem cláusulas penais para o adquirente inadimplente. Ao desfazer esses contratos os compromissários vendedores pretendem fazer incidir essas disposições penais. Algumas delas são muito severas com o adquirente e mesmo aceitas podem ser revistas pelos tribunais, que têm efetivamente decidido sobre a validade das cláusulas penais e do próprio distrato nas relações de consumo.

É comum o argumento em favor da confirmação do distrato de que ele representa a vontade das partes, que não pode se arrepender. Sucede que o adquirente é consumidor nessa relação e, portanto, reconhecido pelo CDC como vulnerável, de forma que as obrigações e disposições que assume estão sujeitas ao regulamento legal desses contratos, definido pelo CDC, especialmente no rol de cláusulas abusivas previsto no seu art. 51.

Entre as disposições abusivas podem ser lembradas aquelas que 'subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade'.

Diante do que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, os tribunais estão autorizados e legitimados a rever o distrato e conferir validade somente àquelas disposições que se encontram de acordo com a lei. É certo que há entendimento no sentido de que o direito é disponível e que não há limite à retenção de parcelas do que foi pago.¹⁴

Outro julgado na corte, relatado pelo desembargador Salles Rossi, reconheceu, ao contrário, a possibilidade de revisão do distrato.¹⁵

O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato (art. 472 do Código Civil), o que significa que a resilição bilateral nada mais é que um novo contrato, cujo teor é, simultaneamente, igual e oposto ao do contrato primitivo.

Assim, o fato de que o distrato pressupõe um contrato anterior não lhe desfigura a natureza contratual, cuja característica principal é a convergência de vontades. Por isso, não parece razoável a contraposição no sentido de que somente disposições contratuais são passíveis de anulação em virtude de sua abusividade, uma vez que 'onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito'.

A lei consumerista coíbe a cláusula de decaimento que determine a retenção do valor integral ou substancial das prestações pagas por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador. Não obstante, é justo e razoável admitir-se a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador.¹⁶

Ainda persiste nos meios sociais e jurídicos uma resistência à ideia de que nos contratos, especialmente naqueles que sofrem direta regulação da ordem jurídica, a vontade das partes nem sempre prevalece. Recorre-se frequentemente àquela velha máxima, *pacta sunt servanda*, para justificar o cumprimento do que foi contratado, custe o que custar. Esse pensamento é decorrente da herança liberal que recebemos e dos códigos oitocentistas que reconheciam máximo valor à vontade e força coercitiva absoluta às declarações das partes. A justiça do contrato recaía sobre a manifestação de vontade e não sobre o conteúdo das suas disposições.

A passagem do Estado Liberal ao Estado Social promoveu forte impacto nas relações contratuais de forma a impor cada vez mais a intervenção do Estado nas relações privadas a fim de promover a igualdade e equilíbrio dessas relações.

A justiça contratual passou a outro campo de observação, o que levou o grande economista Keynes a afirmar, em trabalho que veio a público em 1926 [O Fim do *Laissez-Faire*, reproduzido pela Editora Ática in 'Economia'], que não há nenhum direito contratual que se possa dizer absoluto.

Não é o caso de generalizar a afirmação do grande economista e negar

valor ao que foi contratado. Não é isso efetivamente que afirmou Keynes. A afirmação em referência diz respeito à mudança de paradigmas no direito contratual verificada a partir do século passado no sentido de que prevalece sobre a vontade das partes o interesse público.

Assim, diante do vulnerável, consumidor, não pode se surpreender o contratante com a solução que dê prevalência à Lei sobre a vontade manifestada no contrato. Essa é a base do moderno direito contratual que distingue os contratos paritários dos contratos não paritários, os contratos regulados dos contratos não regulados por lei de ordem pública.

A questão que se coloca, portanto, assentado que o tribunal pode rever o distrato, é saber quais são as perdas e danos que, em caso de inadimplemento dos compromissos de unidades por construir, podem ser exigidas dos adquirentes. E não há receita pronta para resolver essa questão, que depende do exame do caso concreto.

Há em curso Projeto de Lei do Senado 774/2015, de iniciativa do senador Romero Jucá, que procura disciplinar os efeitos da 'resilição unilateral' e 'inadimplemento' do adquirente, excluindo-se qualquer disciplina para o 'distrato'. Segundo a proposta, no distrato vale o que as partes convencionaram.

Com o devido respeito, ignora-se o entendimento firmado no sentido de que o distrato está sujeito a controle judicial. Melhor seria que o projeto tivesse incluído na disciplina proposta também o distrato. Há proposta de emenda nesse sentido feita no Senado e o projeto merece toda a atenção dos envolvidos.

São deduzidas frequentemente no distrato as despesas com corretagem, de assessoria, de publicidade, e impostos incidentes sobre o negócio. Há dúvida sobre a regularidade dessas retenções. A solução que tem sido admitida nos tribunais é a simples retenção de um percentual de tudo que foi pago. Esse percentual se situa entre 10% e 25%.

O que tem se considerado normalmente na fixação da retenção é o total do valor pago e o prejuízo que sofreu o compromissário vendedor. A partir desse exame o tribunal julga casuisticamente a retenção. Embora a jurisprudência formada seja no sentido de exame casuístico dos efeitos do distrato, resilição e resolução dos contratos, o mencionado projeto de lei do Senado admite cláusula penal de até 25% de retenção da quantia paga e ainda imputa ao adquirente o pagamento de corretagem (5%), ocupação do imóvel e outras despesas, cumulativamente.

Nesse ponto, a solução proposta no projeto de lei destoa da jurisprudência formada, como bem foi apontado pela senadora Marta Suplicy em voto em

separado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que propõe cláusula penal limitada a 10% do que foi pago em vista da cumulação de indenização pela corretagem, ocupação e outros danos sofridos pelo incorporador. Melhor seria que a lei apenas fixasse limites, deixando ao exame judicial ajustar os excessos em face do caso concreto.

Infelizmente os processos que trazem essa questão relativa ao distrato não são instruídos adequadamente. Faltam esclarecimentos e provas a respeito do dano causado pelo inadimplemento, dificultando o julgamento pelo magistrado do valor correto da retenção aplicada no distrato. Muitas vezes são mal elaborados os documentos que instrumentalizam o distrato, deixando de indicar com precisão o quanto foi pago e o que efetivamente é objeto de retenção. Não se deve olvidar que ao consumidor é assegurado o direito à informação, o que também deve ser observado nesse tipo de tema.

O adquirente tem direito a ser informado sobre o que se propõe a deduzir no distrato e a razão que justifica essa retenção para que ela não seja reputada abusiva. Melhor que a informação seja lançada no próprio instrumento do distrato. Outra importante questão diz respeito ao tempo de pagamento da restituição. Não havendo abuso, é razoável aceitar que as partes convençionem o pagamento em parcelas, muito embora a jurisprudência dominante se mostre refratária a esta solução.

Caso as partes não possam acordar sobre esse ponto, a solução só pode ser pela restituição imediata. Registro que a esse respeito o referido projeto de lei prevê carência e parcelamento para a restituição. No meu modo de ver essa disposição representa uma vantagem excessiva que o Código de Defesa do Consumidor não autoriza.

Nesse momento de crise econômica, quando o inadimplemento do contrato ganha dimensão epidêmica, essas relações contratuais tendem a se judicializar e é necessário encontrar o ponto de equilíbrio dos interesses em jogo para assegurar o direito de cada uma das partes, o que exige de ambas a boa-fé e, antes de tudo, bom senso.¹⁷

6.Venda de bens sob administração.

O art. 497 do CC arrola as hipóteses em que os bens que não podem ser comprados, mesmo em hasta pública: a) pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; b) pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estiverem sob sua administração direta ou indireta; c) pelos juízes e serventuários da Justiça em geral (secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários) os bens a que se litigar no Tribunal onde servirem; o art. 498 do CC excepciona, enunciando que em tais hipóteses, não haverá proibição nos casos de compra ou cessão entre coerdeiros, em pagamento de dívida paga ou para garantia de bens já pertencentes a essas pessoas (juízes e serventuários); d) pelos leiloeiros e seus prepostos quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados, prevenindo a moralidade.

As restrições envolvem a própria liberdade de contratar, pois há vedação de celebração do negócio jurídico entre determinadas pessoas. As proibições constantes do art. 497 do CC atingem ainda a cessão de crédito que tenha caráter oneroso (art. 497, parágrafo único, CC).

Cabe observar que o art. 497 do CC não faz menção à restrição constante do art. 1133, II, do CC/1916, qual seja, a impossibilidade de compra dos mandatários de bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados.

7.Venda de bens em condomínio.

O art. 504 do CC prescreve que não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se o outro condômino a quiser, tanto por tanto (em igualdade de condições). O condômino a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de 180 dias, sob pena de decadência.

Restrições relacionadas a compra e venda e a classificação do condomínio: a) condomínio *pro indiviso*: quando o bem não se encontra dividido no plano físico ou fático entre os vários proprietários, de modo que cada um apenas possui parte ou fração ideal. Nesse caso, aplica-se a restrição do art. 504 do CC; b) condomínio *pro diviso*: quando apesar de possuírem em condomínio, cada condômino tem a sua parte delimitada e determinada no plano fático. Cada condômino pode vender sua parte a terceiro, sem estar obrigado a oferecê-la aos outros condôminos. É o que ocorre em relação à unidade autônoma em condomínio edilício, que pode ser vendida a terceiro, sem qualquer direito de preferência a favor dos demais condôminos.

No caso de o condomínio ser *pro indiviso* e o bem indivisível, cada condômino só pode vender sua parte a estranhos se antes oferecer aos outros condôminos. A prelação legal ou preempção legal é o direito de preferência do condômino sobre a venda de bem indivisível. O condômino a quem não se der conhecimento da venda poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, no prazo decadencial de 180 dias.

O início da contagem do prazo decadencial de 180 dias será da ciência da alienação.¹⁸

Nos termos do artigo 504, parágrafo único, deverá ser respeitada a seguinte ordem: a) terá preferência o condômino que tiver benfeitorias de maior valor (vedação do enriquecimento sem causa, em sintonia com a boa-fé); b) na falta de benfeitorias, terá preferência o dono do quinhão maior (também diante da vedação do enriquecimento sem causa; c) na falta de benfeitorias e sendo todos os quinhões iguais, terá preferência aquele que depositar judicialmente o preço (princípio da anterioridade, em sintonia com a boa-fé objetiva).

O alienante responde pela perda que o adquirente venha a sofrer ao ser privado da coisa comprada, em virtude de sentença judicial ou ato administrativo, que a atribui a terceiro, como também responde pelos vícios ocultos de que a coisa vendida por acaso seja portadora.

O princípio da autonomia da contratual faculta às partes a prerrogativa de ajustar o que entenderem a respeito, atribuindo a uma ou a outra as despesas provenientes do contrato.

No silêncio, a lei supre parcialmente a omissão, dispondo que as despesas da escritura ficam a cargo do comprador e as da tradição, a cargo do vendedor.

O problema dos riscos:

Lei 10406/2002 (CC).

Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

§ 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste.

§ 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.

Art. 494. Se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instruções dele se afastar o vendedor.

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à

responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Art. 495. Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado.

Limitações à compra e venda decorrentes da falta de legitimação de uma das partes.

Enunciado 494. STF. A ação para anular a venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato.

Regras especiais sobre algumas modalidades de venda. Venda por amostra: trata-se de venda ultimada à vista de amostra exibida pelo vendedor, que provocou o assentimento do comprador. Venda *ad corpus* e venda *ad mensuram*: na venda por medida, ocorrendo a entrega de menor área, tem o comprador ação contra o vendedor, enquanto nenhuma ação lhe cabe se a venda tiver por objeto coisa certa e determinada.

A venda *ad mensuram* ocorre quando a preocupação das partes for vender e comprar determinada área de terreno. O negócio é estipulado tendo em vista certa dimensão, o que ocorre, por exemplo, quando um industrial compra dez mil metros quadrados de terreno para construir sua fábrica, ou um agricultor adquire ‘tantos’ alqueires de chão para abrir uma fazenda.

A promessa de venda e compra e a venda com reserva de domínio são dois expedientes técnicos de que lança mão o vendedor para aumentar suas garantias. O primeiro aplica-se ao campo das coisas imóveis; o segundo, ao das coisas móveis. Por meio de um e de outro, o vendedor que ainda não recebeu o preço, conserva o domínio da coisa vendida, mesmo após a transferência da posse ao adquirente.

A promessa unilateral de venda, conhecida sob o nome de opção, é aquela em que uma pessoa se obriga a vender certo bem a outra, dentro de certo prazo e por determinado preço, se o beneficiário quiser comprar. Na compra com reserva de domínio, alienante, embora tendo transferido ao adquirente a posse da coisa alienada, conserva o domínio sobre a mesma até ser pago da totalidade do preço.

Deixando o comprador de pagar no vencimento uma das prestações, a lei considera vencidas as outras, competindo ao vendedor, mediante ação que couber ao título vencido, cobrar umas e outras. Se, em face do inadimplemento do devedor, o credor preferir reaver a coisa, poderá, igualmente, fazê-lo.

O contrato de compra e venda é o contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo ou aleatório, e, de modo geral, não solene (a depender do objeto), de efeitos meramente obrigacionais (obrigação *ad tradendum*) que serve como título de aquisição de coisa determinada mediante o pagamento do preço, definido e em dinheiro, obrigando o vendedor a transferir a propriedade do bem em favor do comprador.

O sistema adotado *aeompanta* o alemão (BGB, Art. 433). A translatividade dominial se aperfeiçoa somente pela tradição (se o bem for móvel) ou pelo registro imobiliário (se o bem for imóvel). A forma não será livre quando a validade da declaração de vontade depender de forma especial exigida por lei (Art. 108, CC), como ocorre com a exigência de escritura pública, essencial à validade do negócio jurídico, na compra e venda de imóveis, de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (Art. 108, CC).

Nosso Código adotou a respeito do contrato de compra e venda o sistema germânico: entre a obrigação de transferir a coisa comprada e o ato de transferência, há diferença. A obrigação fica circunscrita à sua verdadeira função: possui efeitos exclusivamente obrigacionais.

Compra e venda é o contrato (*consensus*) pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa (*res*), (corpórea, como os móveis e imóveis materiais; ou incorpórea, como os direitos de invenção, a propriedade literária etc., hipótese em que se dá a essa transmissão o nome de cessão), à outra, recebendo, em contraprestação, o preço (*pretium*) (dinheiro ou valor fiduciário equivalente).

Características do contrato de compra e venda:

- a) **bilateral**: há reciprocidade e causalidade entre as obrigações;
- b) **oneroso**: subordina ambas as partes a uma prestação que lhes traz vantagens e desvantagens;
- c) **consensual**: também denominado meramente consensual por que não se exige a entrega da coisa para o seu aperfeiçoamento, diferentemente dos contratos reais (como o comodato, o mútuo, o depósito); a compra e venda se torna perfeita e acabada pela simples integração das duas vontades;

d) **não solene**: não precisa de forma solene para se realizar, ou formal (também chamado solene). Apenas em alguns casos específicos a forma solene é exigida (arts. 107 e 108, CC);

e) **comutativo**: normalmente as prestações são determinadas e equivalentes, ou aleatório em algumas hipóteses;

f) **de execução instantânea** (como v.g., o pagamento é feito à vista) ou diferida (quando se dá o pagamento a prazo).

O consenso, a coisa e o preço são os elementos essenciais da compra e venda pura, que devem estar presentes em todos os contratos dessa espécie para que eles tenham obrigatoriedade (art. 482, CC).

Entre outros direitos e obrigações, cabem às partes da compra e venda:

a) entrega da coisa e recebimento do preço (art. 491 e 495) em decorrência da transferência do domínio;

b) só entregar a coisa depois de receber o preço, se a venda for à vista (art. 491, CC);

c) não pagar o preço se o vendedor não estiver em condições de entregá-lhe a coisa (raciocínio inverso do próprio art. 491, CC);

d) dar o comprador caução de que pagará todo o preço, ao tempo ajustado, apesar de ter ficado insolvente (art. 495, CC);

e) direito do comprador de recusar coisa vendida mediante amostra;

f) não rejeitar o comprador todas as coisas em que, em razão de compra de uma universalidade (rebanho, biblioteca etc.) apresente uma ou outra com defeito (art. 503, CC);

g) ter o comprador direito ao complemento da área (ação *ex empto*) e, se isso não for possível, à rescisão do contrato (ação *redhibitoria*) ou ao abatimento do preço (ação *aestimatoria* ou *quantum minoris*) em caso de venda ad mesuram (art. 500, CC).

Não viola lei federal o acórdão que afirma alienado em fraude de execução imóvel objeto de contrato particular de compra e venda antes de ajuizada a execução contra o vendedor, mas transcrito no registro imobiliário apenas depois de sua citação. ¹⁹

Na relação jurídica existente entre exequente e executado a alienação

efetuada em tais condições é ineficaz, nada obstando, entretanto, que, consoante proclama a Enunciado 84 do STJ, os adquirentes se valham dos embargos de terceiro para opor-se ao direito do exequente de ver penhorado o bem.²⁰

Elementos do contrato de compra e venda:

a) **coisa**: o objeto do contrato de compra e venda pode ser qualquer coisa corpórea ou incorpórea; exige-se que: a.1) deva existir, ainda que se contrate coisa futura; a.2) e que deva ser determinada e individuada; a.3) deva ser disponível e estar no comércio; a.4) deva o vendedor ter a possibilidade de transmiti-la ao comprador; caso contrário, diz-se ter havido venda non domino;

b) **preço**: deve ser pago em dinheiro ou expressão fiduciária correspondente (nota promissória, cheque etc.); deve ser sério, constituindo-se em verdadeira contraprestação, equivalente valor da coisa recebida, sob pena de o contrato ser descaracterizado e valer como doação; deve ser certo, obedecendo as regras do CC e não deixado ao arbítrio de uma das partes (condição potestativa); principalmente com relação aos contratos de consumo é importante observar o tarifamento e o tabelamento de certos produtos, em razão da intervenção da autoridade pública (art. 41, CDC);

c) **consentimento**: como em qualquer contrato, o consenso é fundamental. As partes tem de ser capazes e não estarem sujeitas a restrições legais para a prática do negócio.

Enunciado 413 do STF: 'O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória quando reunidos os requisitos legais.

A compra e venda tem por objeto, suscetível da translatividade do domínio (efeitos do Art. 481, CC), coisa atual, o que quer dizer existente ou de existência potencial dizendo respeito à coisa futura, sejam elas corpóreas ou incorpóreas. Neste último caso, o negócio jurídico ficará sem efeito, não vindo a existir a coisa, ressalvada a hipótese de o contrato ser aleatório, nos termos do Art. 458 do Código Civil e artigos subsequentes. A validade do negócio, diante de contrato aleatório, é trazida no novo texto, como inovação conveniente, útil e benéfica, considerando a intenção das partes.

Se a coisa atual ou futura objeto do negócio aleatório não venha a existir, mas um dos contratantes tenha assumido esse risco, o contrato produz efeito, exatamente o de proporcionar ao outro o direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir (art. 458, CC).

Mesmo que a intenção das partes tenha sido a de concluir o negócio

aleatório, alienação não haverá, contudo, se o adquirente assume apenas o risco de as coisas virem a existir em qualquer quantidade (art. 459). Se nesse caso sobrevier a hipótese de a coisa nada vir a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido (art. 459, par. ún., CC).

A venda que se realiza à vista de amostra é venda sob condição suspensiva obriga o vendedor a entregar a coisa com as qualidades por aquela apresentada, ou seja, em correspondência ideal com as qualidades concebidas pelo exemplar que serviu de padrão.

A inexatidão entre a amostra e a mercadoria entregue produz o *aliuvio pro aliud* (uma coisa por outra), importando, pela desconformidade havida, o inadimplemento contratual e perdas e danos. O comprador pode optar entre a resolução do contrato ou exigir a entrega da coisa exata, com danos da mora.

Há uma expressiva diferença entre a amostra e o tipo. Naquela há total correspondência em tudo e por tudo, com a coisa, enquanto o tipo é indicação menos precisa sem se apresentar com rigorosa identidade da coisa. São aplicáveis à venda mediante fotografia os mesmos princípios que regem a venda realizada à vista de amostra.

O Código de Defesa do Consumidor equipara à entrega de amostras grátis o envio ou a entrega de qualquer produto ao consumidor, sem solicitação prévia (art. 39, III c.c. 39, par. ún., CDC). Inocorrência de negócio de compra e venda e liberação do consumidor de qualquer pagamento.

A fixação do preço, como elemento essencial da compra e venda, é convenção das partes por mútuo consenso, que logo é determinado como soma em dinheiro a ser pago pelo adquirente. Os contratantes, quando não puderem determinar o preço ou ainda se assim o preferirem poderão deixar a fixação do preço ao arbítrio de terceiro, atuando como mandatário e verdadeiro árbitro, e cuja deliberação investe-se de força obrigatória, integrando aos efeitos do contrato, salvo acontecendo, de sua parte, erro ou dolo. O contrato ficará sem efeito quando o terceiro não aceitar o encargo e outro, em seu lugar, não for designado.

Na parceria agrícola, convencionando as partes que o valor do contrato seria regido de acordo com o mínimo estabelecido pelo Governo Federal pela tonelada determinada de determinado produto agrícola, é defeso a um dos contratantes, unilateralmente, a convenção em seu favor, fixando valor diferente daquele ajustado, ainda que tenha sido declarado inconstitucional o controle de preços governamental adotado.²¹

O dispositivo evidencia outro critério à escolha dos contratantes para a

fixação do preço na compra e venda, ficando determinável pela taxa do mercado ou da bolsa em certo e determinado dia e lugar. A taxa de dia certo e o lugar de mercado asseguram a certeza e determinação do preço a que deve correspondera pagamento.

O § 4º do art. 947 do CC de 1916 não tem mais correspondente Eliminada a regra, a cotação variável no mesmo dia conduzirá a um impasse na fixação do preço. A nosso sentir, a solução é dada por aplicação extensiva à regra do parágrafo único do art. 488 que reza: 'Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio'.

As partes podem eleger novo e terceiro critério para a fixação do preço, ao lado da sua estimativa feita por terceiro ou da taxa do mercado ou da bolsa, cai dia e lugar certo e determinado. A fixação será obtida em função de índices ou parâmetros desde que aptos a decidir, de forma plena, efetiva e imediata, o quantum do preço.

O critério consagra uma nova dinâmica de mercado, adaptando-se a essa realidade. Sublinha o Miguel Reate em sua Exposição de Motivos do Anteprojeto²²: 'No tocante à questão do preço, foi dada, por exemplo, maior flexibilidade aos preceitos, prevendo-se, tal como ocorre no plano do Direito Administrativo, a sua fixação mediante parâmetros'.

Não é indispensável que o preço seja sempre predeterminado, bastando que seja garantidamente determinável, de conformidade com as crescentes exigências da vida contemporânea. Tal modo de ver se impõe, aliás, pela unidade da disciplina das atividades privadas, assente como base da codificação.

A fixação do preço não poderá, de qualquer maneira, ficar ao arbítrio de uma das partes (art. 489, CC). A sujeição ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor, entendida como tal diante da compra e venda sem a sua fixação imediata ou da escolha de critérios objetivos que a determine, não implica, por sua natureza, que o preço fique deixado ao arbítrio exclusivo de quem vende. Esta presunção legal impõe que o preço seja o geralmente admitido como certo, usualmente praticado pelo vendedor, não podendo ser majorado ou reduzido. Quando oscilante, dentro da prática correntia das vendas, este será apurado pelo valor médio exercido.

Deve prevalecer a fixação que atenda à função social do contrato, aos preceitos de ordem pública (art. 2035, par ún.) e que permitam a observação dos princípios de probidade e de boa-fé (art. 422, CC).

Enunciado 440: Art. 488, parágrafo único. Na falta de acordo sobre o preço, não se presume concluída a compra e venda. O parágrafo único

do art. 488 somente se aplica se houverem diversos preços habitualmente praticados pelo vendedor, caso em que prevalecerá o termo médio.

A estipulação arbitrária do preço por um dos contratantes fere a consensualidade do contrato, que o aperfeiçoa por disposição comum de vontades recíprocas. Esse acordo quanto ao preço é elemento essencial, na forma do art. 481 do NCC. A fixação unilateral induz a nulidade do contrato. É do consentimento de ambos os contratantes que são gerados os seus efeitos obrigacionais.

Não existindo convenção pelos contratantes atinente às despesas do negócio, as de escritura e registro são da responsabilidade do comprador e adquirente, ficando reservadas ao vendedor as da tradição, como ocorre com as do transporte da coisa móvel para a efetiva transferência da propriedade do bem objeto da compra e venda.

As despesas relativas aos tributos da transmissão também ficam a cargo do comprador, salvo cláusula em contrário. Tenha-se, ainda, presente, a responsabilidade do promitente comprador sobre as despesas condominiais impagas, ainda que não registrado no Cartório de Imóveis o compromisso de compra e venda.²³

Os riscos da coisa vendida e expedida ficar por conta do comprador, a não ser que o vendedor não atenda às instruções dele (art. 494, CC). Na compra e venda à vista, a entrega da coisa está condicionada ao pagamento imediato do preço. E da essência do negócio o cumprimento concomitante das obrigações recíprocas. Razão assiste ao vendedor reter a coisa, enquanto não recebido o preço.

O *caput* do artigo 492 do Código Civil tem identidade com o disposto no Art. 234 do mesmo Código. Os riscos da coisa são do vendedor enquanto não a entregue, e os do pagamento correm à conta do comprador. O vendedor obriga-se à entrega da coisa em igual estado do seu tempo de venda, assumindo os riscos de perda ou deterioração da coisa.

O comprador responderá pelos riscos do pagamento, em face do preço; pelos riscos da coisa posta à sua disposição em bloco, diante dos casos fortuitos ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar as coisas compradas e, ainda, quando em disponibilidade oportuna delas, ou seja, no tempo, lugar e pelo modo ajustados, se achar em mora de as receber.

As despesas decorrentes da tradição da coisa correm por conta do vendedor, se outra não tiver sido a disposição das partes (art. 490, CC). A tradição é o ato da entrega da coisa vendida, a permitir a transferência dominial

ao comprador Preceitua o Art. 1.267 do NCC: 'A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição'. Ela é real pela efetiva entrega material da coisa; simbólica, quando por entrega representativa (v. g., chaves) e quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório.

É modo de aquisição da propriedade móvel. No caso de bens imóveis, a aquisição da propriedade móvel com o registro do título aquisitivo no Registro Imobiliário competente, O novo dispositivo regula a tradição, preceituando o seu exercício no lugar onde a coisa se encontrava ao tempo da venda, desde que não pactuado pelos contratantes outro lugar, ou seja, a entrega será feita no lugar onde a coisa se achava no momento da compra e venda.

A propriedade das coisas móveis transfere-se pela tradição e não pelo negócio jurídico válido (art. 1267, CC), desde que feita pelo proprietário da coisa alienada, ou nos casos excetuados no art. 1268 e § 1º, do Código Civil. A tradição da coisa em decorrência de negócio nulo não é hábil à transferência da propriedade (art. 1268, § 2º, CC).

A propriedade de coisa imóvel transfere-se pelo registro do título translativo no registro de imóveis (art. 1245 e §§, CC). A norma do art. 328 se refere a entrega da posse de coisa imóvel. A norma do art. 494 excepciona o *caput* do Art. 492 do Código Civil. Ocorre a assunção do risco, pelo comprador, se este ordenar a expedição da coisa para lugar diferente do ajustado, ou seja, o da execução da obrigação, salvo se o vendedor transgredir as instruções dele recebidas.

A regra é de que a coisa vendida deva ser entregue no lugar onde ela se encontrava ao tempo da venda, podendo as partes acordar diversamente (art. 493, CC). Se a obrigação é de dar e o pagamento consistir na entrega da coisa devida pelo devedor ao credor, nada impede que ela seja entregue no domicílio do devedor (art. 327, CC).

Pode ocorrer, entretanto, que as partes convençionem que a coisa seja entregue em lugar diverso, para onde ela deva ser expedida. Se isso acontecer, os riscos da coisa serão transferidos ao comprador, tão logo ela seja entregue pelo vendedor ao transportador. Isso desobriga o vendedor pelos riscos da coisa, tão logo tenha sido ela entregue ao transportador (art. 494, CC).

As obrigações do transportador inicia-se om o recebimento da coisa pelo transportador ou seus prepostos, ocasião em que emite o conhecimento (arts. 750 e 744, CC), e termina com a entrega da coisa ao destinatário ou com seu depósito em juízo (art. 750, CC).

A regra é de que o vendedor só se desobriga com a entrega da coisa vendida ao comprador, quando então cessa sua responsabilidade pelos riscos

da coisa (art. 492). Entretanto, a entrega da coisa vendida feita pelo vendedor ao transportador e a emissão do conhecimento importa a tradição da coisa e a cessação da responsabilidade do vendedor.

O caso do art. 494 é de exceção à regra do art. 492, ambos do Código Civil. O vendedor não se eximirá de responsabilidade, contudo, se se afastar das instruções do comprador quanto à expedição da coisa vendida. O artigo 495 tem identidade com o art. 477, ambos do Código Civil. Na venda a crédito, o vendedor poderá sustar a entrega da coisa, para forrar-se de garantia ao adimplemento da obrigação assumida pelo comprador então insolvente, não obstante já atendida prestação inicial ensejadora da esperada entrega. Uma vez oportunizada a caução, levanta-se a suspensão da execução do contrato, retomando o vendedor a sua obrigação na entrega da coisa.

A insolvência do comprador é a hipótese específica da situação geral prevista no art. 477 do Código Civil. O preceito objetiva, segundo observa Clóvis Beviláqua, 'evitar que, sob color de venda, se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas'. Tal como previsto no Art. 877 do CC português, a alienação feita a filhos ou netos é anulável caso os outros filhos (ou neto) não a consintam, embora o diploma lusitano admita, diversamente, suscetível de suprimento judicial o consentimento quando não possa ser prestado ou recusado. No dispositivo, compreende-se a venda a descendente, por interposta pessoa; também exigível a prova da simulação.²⁴

A referência à anulabilidade da venda faz cessar antigo dissídio jurisprudencial a respeito, fixou-se o entendimento da nulidade pleno jure, como decidido, ainda, pelo STJ no REsp 10.038-MS, de 21-5-1991, por fraude à lei, diante da literalidade do texto do Art. 1.132 do CC de 1916.

Tem-se por anulável o ato da venda de bem a descendente sem o consentimento dos demais, uma vez: a) que a declaração de invalidade depende da iniciativa dos interessados; b) porque viável a sua confirmação; porque não se invalidará o ato se provado que justo e real o preço pelo descendente. A venda que se celebra em desobediência ao que está prescrito neste artigo padece de vício de anulabilidade, conforme expressamente previsto em lei, no contexto do sistema (art. 171, *caput*, CC).

Diante da clareza do texto, está a fastada a polêmica doutrinária surgida na vigência do sistema anterior, sobre ser, nessa hipótese, o ato nulo ou anulável. Sendo anulável o ato, é ele passível de confirmação (art. 172, CC) e se rá validado se a autorização falante for dada posteriormente (art. 176, CC).

A anuência ou a autorização deve dar-se por escritura pública e, sempre que se possa, no mesmo instrumento do ato principal (art. 220, CC). As

pretensões dedutíveis em juízo por meio de ação constitutiva, sem prazo de exercício previsto em lei, são imprescritíveis, podendo ser ajuizada a qualquer tempo. Ex: negatória de paternidade (art. 1601, CC).

Entretanto, quando a pretensão for exercitável mediante ação anulatória (constitutiva negativa), cuja anulabilidade esteja expressa na lei, que, contudo, não fixa prazo para o exercício dessa pretensão, como no caso desta norma, aplica-se a regra subsidiária (art. 179, CC), segundo a qual o prazo decadencial para o exercício dessa pretensão é de dois anos.

No caso do art. 496 do Código Civil, há previsão expressa de anulabilidade do ato, mas não há menção ao prazo para seu exercício. Conclui-se, portanto, que a ação de anulação do negócio jurídico de venda de ascendente a descendente está sujeita à extinção por decadência, cujo prazo é subsidiário (art. 179, CC). Na venda de ascendentes a descendentes, se houver menor de idade entre os adquirentes, é necessário curador especial para o registro.²⁵

IV JORNADA DE DIREITO CIVIL – Enunciados aprovados:

Enunciado 368: Art. 496. O prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do Código Civil).

As restrições legais impostas decorrem de preceitos éticos nas relações jurídicas, por razões de ofício ou de profissão e, ainda, em face do princípio constitucional da moralidade na Administração Pública e, uma vez transgredidas, tomam o ato nulo *pleno jure*.

A proibição se assenta em princípio de ordem morai, no sentido de resguardar a intangibilidade daquelas delicadas funções, visando, sobretudo, o interesse social. Previnem-se, com isso, possíveis abusos e tentações. É uma forma de incapacidade especial.

Enunciado 165 STF: A venda realizada diretamente pelo mandante ao mandatário não é atingida pela nulidade do art. 1133, II, do Código Civil.

São apontadas exceções às restrições contidas no artigo anterior, nas hipóteses que menciona, traduzindo-se estas na inexistência de interesses antagônicos. Muito ao revés, os interesses são próprios e não se conflitam com as fundadas razões de proibição. Os coerdeiros, como condôminos, possuem interesses mútuos, diante da propriedade comum, buscando protegê-la.

O credor assume o seu papel, realizando o seu crédito. As pessoas designadas no inciso III não se acham impedidas, diante da hipótese elencada,

uma vez que a compra e venda ou a cessão são realizadas para garantia de bens que já lhes são pertencentes.

O artigo 499 do Código Civil de 2002 põe termo à antiga controvérsia doutrinária, originada da omissão do CC de 1916 a respeito da possibilidade da venda entre cônjuges. Excetuado o regime de comunhão universal de bens (Art. 1.667, CC), pela obviedade do acervo comum, a demonstrá-la desarrazoada e sem qualquer préstimo, a lei considera lícita a venda, com a identidade de razões que de há muito admitiu a sociedade comercial entre os cônjuges.

A crítica formulada por Caio Mário da Silva Pereira fundou-se na circunstância de se constituir tal venda uma transgressão ao princípio legal da imutabilidade do regime de bens, hoje, aliás, atenuado pelo Código Civil de 2002 (Art. 1.639, § 2º).

O artigo 500 do Código Civil cuida da compra e venda de imóveis, na modalidade *ad mensuran*, ou seja, quando o preço é fixado por medida de extensão ou se determinada a respectiva área. Há uma relação proporcional entre o preço e a dimensão atribuída ao imóvel. Verificada a inexatidão, compete ao comprador o direito de reclamar o complemento da área (ação *ex empto*), e, não sendo isso possível, o de promover a resolução do contrato (ação redibitória) ou requerer o abatimento proporcional ao preço (ação *quantum minoris*).

Excetuam-se os casos de referência às dimensões como meramente enunciativas, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ou quando o imóvel for vendido como coisa ceia e discriminada, mesmo não constando, de modo expresso, ter sido a venda realizada *ad corpus*.

A primeira exceção é presunção juris tantum e não valerá se o comprador provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio, operando-se a regra geral (caput do artigo). A segunda tem o escopo da lucidez de Augusto Zenun, quando refere ser inadmissível entender-se como venda *ad mensuram* aquela em que o preço não for unitário, a compreender o seu resultado final, a quantidade, optando-se pela venda *ad corpus* quando contenha o contrato as divisas e confrontações do imóvel (ou seja, coisa ceia e discriminada).

Diversamente, a venda *ad corpus* é aquela que para a fixação do preço considera o imóvel em sua totalidade (*corpus*), um todo concebido por suas confrontações ou limites, sem o concurso influente do significado de sua extensão.

O § 2º do Art. 500 do Código Civil é inovação relevante, sob inspiração do CC italiano, suprimindo a omissão do CC de 1916, a considerar o excesso de

área e a não ciência do vendedor sobre a medida exata da área vendida, como elementos fáticos autorizadores para a completude do preço ou da devolução do excesso, a inibir, assim, o enriquecimento sem causa do adquirente. Vence, por igual, a dissensão doutrinária, repelindo a tese de o comprador não obrigar-se a repor o preço correspondente, diante de a declaração de quantidade constituir garantia para o comprador (*ad utilitatem emptoris*) e não para o vendedor, defendida por Washington de Barros Monteiro.

Venda ad mensuram é aquela na qual as medidas são precisas e determinantes para a realização do negócio jurídico. Quando a venda é feita por metragem (*ad mensuram*) e as dimensões do imóvel vendido não correspondem às constantes da escritura de compra e venda, o comprador tem direito de exigir a complementação da área (ação *ex empto*) por inadimplemento contratual.

Não sendo possível a complementação da área, assiste, ainda, ao comprador o direito de pedir a resolução do contrato (ação redibitória) ou o abatimento proporcional do preço (ação *quantum minoris*), sendo ambas ações edilícias, ou seja, a coisa é entregue em sua inteireza, mas com vício ou defeito ou sem as qualidades declaradas.

A ação preferencial é a *ex empto*, quer dizer, o comprador pode exigir a complementação da área na venda *ad mensuram*. Não sendo isso possível, tem o comprador a faculdade de optar entre uma das duas ações: ou pede o abatimento proporcional do preço ou a rescisão do contrato. A coisa entregue em sua integridade, mas padece de vício oculto, ou seja, não contém a qualidade e a utilidade declaradas pelo vendedor e almejadas pelo comprador. Trata-se de ações pessoais. São edilícias a ação *quantum minoris* (ou *aestimatoria*) (abatimento proporcional do preço) e a redibitória (rescisão do contrato).

A ação *ex empto* é aquela do comprador para haver do vendedor a complementação da área do imóvel que deixou de ser entregue, na venda *ad mensuram*. Parte da coisa deixou de ser entregue. Como se trata de ação real, é necessária a citação do cônjuge para a validade do processo. A ação redibitória (ação *redhibitoria*) é a ação de rescisão do contrato por vício redibitório.

A venda *ad corpus* é aquela na qual as medidas do imóvel são imprecisas e meramente enunciativas, sendo que o corpo do imóvel é o elemento determinante para a realização do negócio jurídico (ex: vendo a fazenda x, com mais ou menos 2 alqueires). Quando a venda tiver sido feita *ad corpus*, não tem lugar nem a pretensão real (ação *ex empto*), nem as pretensões pessoais (ação redibitória e/ou ação de abatimento proporcional do preço), já que nessa venda a menção à medida é apenas enunciativa.

O § 2º do art. 500, do Código Civil, inserido pelo novo sistema, prestigia o

princípio da probidade e da boa-fé (art. 422, CC) e impede o enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886, CC). Quando a diferença entre as dimensões da escritura e as efetivamente encontradas no imóvel objeto de compra e venda é inferior a um vigésimo, a aparente venda *ad mensuram* se configura como venda *ad corpus*.

O Recurso Especial não se presta à análise de cláusulas contratuais para se saber se a venda se deu *ad corpus* ou *ad mensuram*.²⁶

Para pôr cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. Prazos de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral. Título IV, Cap. 1, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos. em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.

A propósito, o presente artigo, ao estabelecer o prazo decadencial de um ano, rompe o sistema antigo do CC de 1916, que tratava da matéria em sede do Art. 177 (prazo prescricional das ações pessoais em vinte anos). O parágrafo único do art. 501 do CC constitui exceção ao prazo decadencial contado a partir do registro do título. Tem lugar a exceção, quando, por inexecução da obrigação ou por qualquer atraso da parte do alienante, demorar o comprador a imitir-se na posse no imóvel, situação fática comprometedora daquele prazo apurado pelo registro do título aquisitivo. Regra-se, desse modo, o cômputo do prazo decadencial, a partir da imissão de posse no imóvel.

A pretensão à complementação da área, na venda feita *ad mensura*, se exerce por meio da ação *ex empto*, cuja finalidade é obter uma sentença de condenação por inadimplemento contratual (o vendedor se obrigou a entregar imóvel com determinada área e não o fez).²⁷

Trata-se, portanto, de ação condenatória e o prazo de um ano para seu exercício, pelo art. 501 é de prescrição e segue o regime jurídico dos arts. 207 a 211 do Código Civil. Caso não seja possível a complementação da área, o comprador pode pleitear a resolução do contrato (redibição), pretensão de natureza constitutiva exercitável no prazo decadencial de um ano (art. 189 a 211, CC).

No caso de abatimento do preço (ação *quantum minoris*), a compra e venda permanece e a pretensão é de natureza condenatória, razão pela qual o prazo de um ano para exercício dessa pretensão é de prescrição (art. 189 a 211, CC).

Muito embora o parágrafo único se refira à hipótese de atraso na imissão

na posse causado pelo alienante, na verdade o dies a quo do prazo decadencial (ou prescricional, dependendo do caso) previsto *caput* da norma sob comentário é, em qualquer situação, o da efetiva imissão na posse do imóvel objeto da compra e venda, ocasião em que se presume tenha o adquirente tomado conhecimento do vício de que trata a normas.

Essa interpretação se faz de acordo com o sistema, pois o art. 445, § 1º do Código Civil, ao tratar dos vícios redibitórios, determina que o prazo de decadência de um ano para o exercício da ação redibitória de bem imóvel conta-se a partir da efetiva entrega do bem. Provado, pelo alienante, que cumpriu o seu dever de entregar a coisa vendida, tem-se como caracterizada a efetiva entrega de que trata o Art. 445, § 1º, do Código Civil, ainda que o adquirente, por sua conta e risco, não tenha de fato se apossado da coisa.

O artigo 402 do Código Civil torna indene o comprador quanto aos débitos que gravem a coisa, antes de recebê-la. Dissipa controvérsias jurisprudenciais, a exemplo da que admite obrigação ao promitente comprador de imóvel no tocante às despesas condominiais preexistentes à tradição. A responsabilidade somente lhe será atribuída havendo cláusula contratual adversa.

O art. 503 do Código Civil complementa os preceitos dos arts. 441 e seguintes do Código de 2002. O vício redibitório nas coisas vendidas em conjunto não autoriza a rejeição de todas, se apenas uma apresenta o defeito oculto, em se tratando de coisa singular e individualmente considerada. Mas se o defeito de uma comprometer o complexo das coisas que formem um todo incindível, pela interdependência entre elas (v. g., uma obra com sua unidade ideológica em vários tornos, um par de sapatos), o vendedor responderá integralmente pelo vício.

A regra, atenta ao condomínio *pro indiviso*, assegura ao condômino o direito de preferência à aquisição de parte da coisa indivisível. Condomínio pro indiviso é aquele onde a coisa pertencente a mais de uma pessoa, por indivisão de direito, não é suscetível de divisão cômoda, por indivisão de fato, tendo cada condômino direito ideal e idêntico sobre a coisa, no seu todo e em cada parte.

O condômino preterido em seu direito exercerá ação de preferência ou de preempção, com depósito do valor do preço, no prazo decadencial, para anular a alienação a terceiro e alcançar a coisa para si. Resolve-se a concorrência condominial de interesses em favor do condômino que tiver benfeitorias de maior valor ou, inexistindo as daquele com maior quinhão. Possuindo os condôminos interessados quinhões iguais, todos terão a parte vendida, depositando o valor correspondente ao preço.

Os coerdeiros, antes de ultimada a partilha, exercem compropriedade

sobre os bens que integram o acervo hereditário pro indiviso, sendo exigível, daquele que pretenda ceder ou alhear seu quinhão, conferir aos demais oportunidade para o exercício de preferência na aquisição. Tal exigência é de inafastável aplicabilidade a todos os casos de cessão de direitos hereditários, de alienação de fração ou cota ideal da herança indivisa, não se havendo que excepcionar situações casuísticas (como por exemplo, a de serem divisíveis os bens que a integram), tendo em vista as vicissitudes próprias do processo de inventário, que podem conduzir a imprevisíveis perplexidades e inconvenientes.

Em que pese a controvérsia existente sobre o tema, merece ser prestigiado o entendimento segundo o qual a venda e a cessão de direitos hereditários, em se tratando de bem indivisível, se subordinam ao Código Civil, que reclamada seja dada preferência ao condômino coerdeiro. Em linha de princípio, a orientação legal é no sentido de evitar o ingresso de estranho no condomínio, preservando-se futuros litígios e inconvenientes. A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidentes com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade.²⁸

Se a parte ideal de um imóvel é levada à praça e arrematada por um estranho, o condômino pode interpor o seu pedido de adjudicação alegando a preferência, desde que compareça no processo antes da assinatura do auto de arrematação.²⁹

A ausência de registro da constrição judicial sobre bem imóvel não torne a penhora inexistente ou inválida, apenas ineficaz em relação a terceiros.³⁰

O STJ concede preferência a condôminos na compra de coisa divisível. Trata-se do direito de preferência do condômino na compra de fração de imóvel indiviso à luz do artigo 504 do CC/2002, tendo por base a recente decisão proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.207.129/MG, relatado pelo ministro Luís Felipe Salomão, julgado no dia 16 de junho de 2015.

O artigo 504 do CC/2002 dispõe que 'não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto [...]'. Com base em tal premissa, a Justiça de Minas Gerais negou o direito de preferência a um casal que pretendia adquirir parte de uma fazenda da qual já era coproprietário. Segundo o Tribunal de Justiça mineiro, o imóvel era passível de cômoda divisão, razão pela qual a regra do artigo 504 do CC/2002 seria inaplicável.

O litígio chegou ao STJ e lembrou a discussão que era travada em torno do tema por suas turmas de Direito Privado. Ambas, sob a égide do CC/1916, sustentavam posições diametralmente opostas.

A 3ª Turma, influenciada por Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues e Carvalho Santos, adotava interpretação restritiva. Entendiam seus membros que admitir a preferência aos proprietários de imóveis meramente indivisos aumentaria extraordinariamente a restrição estabelecida na norma.

Fosse essa a vontade do legislador, ressaltou o ministro Eduardo Ribeiro no julgamento do REsp 60.656-0/SP, ocorrido em 1996, teria consignado que ao condômino não era dado vender sua parte a estranhos. Na oportunidade, acrescentou que a inconveniência de se introduzir um estranho na comunhão não se verifica quando o bem pode ser dividido. E lembrou que no projeto do CC/1916 não havia alusão à coisa indivisível, cuja modificação resultou de emenda introduzida no Senado por Rui Barbosa.

De fato, uma análise literal dos artigos 504 do CC/2002 e 1.139 do CC/1916, aliada à ideia de divisão cômoda, faz supor que o direito de preferência ali previsto seja restrito aos imóveis indivisíveis. Aliás, Carvalho Santos, com apoio em Melquíades Picanço, sustentava que a possibilidade de divisão era razão suficiente para afastar os dissabores da entrada de um estranho na comunhão.

Contudo, para Clóvis Beviláqua, os inconvenientes decorrentes da entrada de um estranho no condomínio são os mesmos, seja o bem divisível ou indivisível. Segundo deixou assente em sua obra, a distinção não se justifica, porque no estado de comunhão as coisas estão indivisas. E acrescentou que a emenda de Rui Barbosa não foi feliz.

Pontes de Miranda, a despeito de defender a interpretação restritiva, teceu críticas ainda mais severas à emenda. Destacou que Rui Barbosa, sem refletir suficientemente sobre o tema e com superficialidade de argumentos, fez constar a expressão ‘coisa indivisível’ para afeiçoar o texto ao artigo 1.566 do CC português de 1867. Esse, todavia, era defeituoso e, por obra da doutrina, foi complementado, passando a constar ‘coisa indivisível ou indivisa’.

Imperativo consignar que após a publicação da obra de Pontes de Miranda, o legislador português promulgou seu atual CC (Decreto-lei 47.344, de 25/11/1966, o qual foi além. A norma deixou de fazer referência a imóvel indivisível ou indiviso, estendendo, com isso, a preferência ao comunheiro de condomínio pro diviso. E em outro dispositivo, ainda concedeu o direito de preferência aos proprietários de terrenos confinantes.

Nesse contexto, a 4ª Turma do STJ, influenciada por Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira, Carvalho de Mendonça, e, mais recentemente, por Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Osório de Azevedo Júnior e Nelson Rosenvald, consagra a interpretação mais abrangente.

Um dos fundamentos constantes de seus julgados está em que a finalidade da norma é impedir que estranhos ingressem no condomínio. Para o ministro Luis Felipe Salomão, ao conceder o direito de preferência aos demais condôminos, pretendeu o legislador conciliar os objetivos do vendedor com o intuito dos demais proprietários, evitando desentendimentos decorrentes da entrada de um estranho no grupo.

Aliado a isso, deve-se manter a coerência do sistema, sobretudo com o disposto no artigo 1.314, parágrafo único, do CC/2002, segundo o qual ‘nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros’.

A leitura desse dispositivo, conjugada com a do artigo 504 do CC/2002, induz à conclusão de que a venda de parte ideal do bem a estranhos depende do consenso dos demais comunheiros, haja vista que a posse, o uso e o gozo, nas palavras do ministro Luís Felipe Salomão, são ‘um *minus* em relação à transferência de propriedade’.

Essa tese já havia prevalecido quando do julgamento do REsp 489.860/SP pela 2ª Seção. No seu voto, a relatora, ministra Nancy Andrighi, também defendeu que a leitura do artigo 1.139 do CC/1916 (atual artigo 504 do CC/2002) deveria ocorrer de acordo com o artigo 633 do CC/1916 (artigo 1.314, parágrafo único, do CC/2002). Referido recurso havia sido distribuído à 3ª Turma, mas foi afetado à 2ª Seção justamente em razão do desacordo existente entre as turmas de Direito Privado. O julgamento ocorreu em 2004, mas o litígio era regido pelo CC/1916.

Outro aspecto corrobora a conclusão supra. O artigo 623, inciso III, do CC/1916 havia sido modificado pelo Decreto Legislativo 3.725/19, que fez inserir no primeiro, próximo da expressão ‘indivisa’, uma menção ao artigo 1.139 do mesmo diploma (atual artigo 504 do CC/2002). Tal mudança sugere a intenção de corrigir a impropriedade da restrição prevista no último, ampliando o conceito de indivisibilidade para incluir as coisas indivisas.

Malgrado a expressão ‘parte indivisa’ tenha sido substituída por ‘parte ideal’ na versão atual do dispositivo (artigo 1.314, *caput*, do CC/2002), não se tem notícias de maiores debates em torno da alteração, muito menos que esta tenha ocorrido com o objetivo de restringir o alcance do artigo 504 do CC/2002. Tal rigidez, aliás, não se verificou no legislador de 2002, que, inclusive, estendeu o direito de preferência ao coerdeiro (artigos 1.794 e 1.795 do CC/2002).

Além das interpretações teleológica e sistemática, a atual 4ª Turma recordou de outro fundamento, de ordem pragmática. No julgamento do REsp 9.934/SP, ocorrido em 1993, o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira sustentou

que provar a indivisibilidade, muitas vezes, é tarefa difícilíssima, pois nem sempre há consenso entre os coproprietários sobre a espécie de condomínio, se divisível ou indivisível.

De fato, a comprovação da divisibilidade econômico-jurídica, que não era prevista no CC/1916, mas já era assimilada pela jurisprudência, não é tarefa fácil. Há casos em que a demonstração da divisibilidade demanda intensa atividade probatória, com avaliações, pesquisas de preço e contraprova de ambas as partes, dificultando sobremaneira a solução do litígio.

Com base em tais fundamentos, a 4ª Turma do STJ, por meio do REsp 1.207.129/MG, relatado pelo ministro Luís Felipe Salomão, cassou as decisões proferidas pela Justiça Mineira e determinou a remessa dos autos ao primeiro grau para exame dos demais requisitos da ação de preferência. Com isso, manteve a coesão de seus precedentes, em consonância com a posição da Segunda Seção, agora sob a égide do CC/2002.

Acredita-se que tal decisão influenciará a jurisprudência dos demais tribunais pátrios, pois é o primeiro precedente do STJ a tratar especificamente do tema após a entrada em vigor do CC/2002. É bem verdade que a divergência em torno do tema impede que se arrisque uma previsão para o futuro. A prudência impõe que se aguarde a posição da 3ª Turma, cujos membros atuais não participaram dos julgamentos anteriores, nem atuaram na Segunda Seção quando da uniformização do entendimento em 2004.

De todo modo, o precedente representa uma excelente razão para que se reflita sobre o tema. Quiçá os legisladores venham a propor a exclusão da expressão 'uma coisa indivisível' do artigo 504 do Código Civil, a exemplo do que fez o Parlamento Português, cuja norma influenciou a redação do dispositivo correspondente no Código Civil brasileiro de 1916.

8.Cláusulas especiais à compra e venda.

8.1.Noções.

A primeira regra especial da compra e venda é a venda por amostra, por protótipos ou por modelos, que funciona sob condição suspensiva. A amostra é a reprodução perfeita e corpórea de uma coisa determinada. O protótipo é o primeiro exemplar de uma coisa criada (invenção). O modelo constitui uma reprodução exemplificativa da coisa, por desenho ou imagem, acompanhada de uma descrição detalhada.

Ex: negócios celebrados por viajantes que vendem tecidos, roupas e outras mercadorias em lojas do interior do Brasil, sob a promessa de entregar as peças conforme mostruário.

Se a venda tiver como objeto bens móveis e se realizar por amostra, protótipos ou modelos, há uma presunção de que os bens serão entregues conforme a qualidade prometida. Caso tal entrega não seja efetuada conforme o pactuado terão aplicação as regras relacionadas com os vícios redibitórios e do produto, o que depende da relação estabelecida, se civil ou de consumo.

8.2.Retrovenda.

A cláusula de retrovenda constitui um pacto inserido no contrato de compra e venda pelo qual o vendedor reserva-se o direito de reaver o imóvel que está sendo alienado, dentro de certo prazo, restituindo o preço e reembolsando todas as despesas feitas pelo comprador no período e resgate, desde que previamente ajustadas (art. 505, CC).

Na realidade, essa cláusula especial confere ao vendedor o direito de desfazer a venda, reavendo de volta o bem alienado dentro do prazo máximo de três anos (prazo decadencial). A cláusula de retrovenda (*pactum* de retrovendendo ou cláusula de resgate) somente é admissível nas vendas de bens imóveis.

Raramente aparecem nos tribunais negócios de retrovenda autênticos. Geralmente são utilizados por emprestadores de dinheiro que querem fugir dos percalços de uma execução judicial, sempre complexa e demorada e na qual certamente virá à tona as taxas de juros. Por isso, usam do pacto de retrovenda como garantia do empréstimo; se o devedor não conseguir pagar e não exercer o direito de recompra, a coisa fica definitivamente na titularidade do comprador.

31

O STJ reconheceu a presença de simulação e de ilicitude em tal negócio, deixando consignado que 'é cabível o deferimento medida liminar para suspender os efeitos de escritura de compra e venda de imóveis que teria sido

lavrada com o propósito de encobrir negócio usurário'.³²

A cláusula de retrovenda tem o condão de tornar a compra e venda resolúvel. Tecnicamente, trata-se de cláusula resolutiva expressa, porque enseja ao vendedor a possibilidade de desfazer a venda, operando-se o resgate o bem e a consequente extinção do contrato, reconduzindo as partes ao estado anterior.

O direito de retrato deve ser exercido dentro do prazo máximo de três anos, podendo ser por prazo inferior desde que as partes convençionem. Se o comprador se recusar a receber as quantias a que faz jus, o vendedor, para exercer o direito de resgate, as depositará judicialmente (art. 506, CC).

O direito de resgate ou de retrato poderá ser exercido pelo devedor ou pelos seus herdeiros e legatários, particularmente em relação a terceiro adquirente (art. 507, CC). A transmissão por ato *inter vivos* é possível, até mesmo por escritura pública.

O Código Civil disciplinou o contrato preliminar (Arts. 462 e s.), dando-lhe absoluta eficácia, pois permitiu que a sentença reconhecesse a obrigação do inadimplente e substituísse a vontade faltante daquele contratante, e consagrou uma subseção à venda com reserva de domínio (Arts. 521 a 528).

Pela cláusula de retrovenda o vendedor se reserva o direito de recobrar, em certo prazo, o imóvel que vendeu, restituindo o preço, mais despesas feitas pelo comprador (art. 505, CC).

São pressupostos da retrovenda: a) recaia sobre bem imóvel; b) o exercício do retrato se perfaça dentro do prazo de três anos. Trata-se de prazo de decadência, prevalecendo mesmo contra o incapaz.

Se as partes ajustarem maior prazo, reputa-se não escrito o excesso, isto é, reduz-se a três anos o prazo mais longo constante do contrato. Se as partes estipularem retrovenda, sem fixar prazo para o exercício do retrato, presume a lei fixado o máximo do tempo para se valerem de tal prerrogativa.

A retrovenda gera a possibilidade de o vendedor reivindicar a coisa dos adquirentes posteriores. Pois, tratando-se de domínio resolúvel, o implemento da condição resolve os direitos reais concedidos na sua pendência e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha (art. 1359, CC).

Requerendo os negócios imobiliários forma solene, a cláusula de retrovenda constará inexoravelmente da escritura pública e da transcrição

imobiliária. De modo que os eventuais adquirentes de bens onerados de tal cláusula não podem ignorá-la, e, se adquiriram referidos bens, assumiram o risco de não exercer, o alienante, o direito de retrato.

A venda a contento é aquela que se realiza sob condição de só se tornar perfeita após a declaração do comprador de que a coisa o satisfaz. Trata-se de uma venda condicional, e não de simples promessa unilateral de venda, pois, advindo a condição (aprovação do adquirente), o negócio se aperfeiçoa, sem necessidade de nova manifestação de vontade do alienante. A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado (art. 509).

Enquanto não advier a manifestação concordante do adquirente e a despeito de haver ocorrido a tradição, o domínio continua com o alienante, que sofre as perdas advindas do fortuito. Não tendo adquirido o domínio, o comprador antes da ocorrência da condição é mero comodatário, de modo que de comodatário são suas obrigações (art. 511, CC) e a posse que exerce é precária e direta.

A condição a que se subordina a eficácia da venda a contento é potestativa, pois depende da circunstância de apetecer ou não ao comprador. Tal condição não é meramente potestativa, mas simplesmente potestativa, e que, portanto, não ocorre infringência ao princípio do art. 122 do Código Civil. Para que o negócio se aperfeiçoe é mister que ele apraza ao comprador, de modo que depende de fatores alheios a seu querer e que podem interferir para seu aprazimento ou não; portanto, a condição não é meramente potestativa, mas potestativa simples.

A circunstância de o objeto vendido ter todas as qualidades que dele se poderia esperar não significa que o comprador não o pode recusar, pois não há outra regra a orientar sua conduta senão a exclusiva circunstância de a coisa agradá-lo ou não. Se o contrato tampouco tiver prazo, deverá o vendedor intimar o adquirente para que, em intervalo improrrogável que desde logo lhe fica cominado, declare se a coisa o satisfaz ou não, sob pena de se considerar como perfeita a venda (art. 517, CC).

Preempção ou preferência é aquele negócio em que o comprador de uma coisa se obriga para com o vendedor a preferi-lo, em igualdade de condições, caso venha a vendê-la. Requisitos da preempção: a) que o comprador queira vender; b) que o vendedor queira readquirir a coisa, dispondo-se a oferecer o preço encontrado ou ajustado; c) que exerça esse direito dentro de determinado prazo.

O prazo de decadência para exercício do direito de preferência é de três dias se a coisa for móvel e de sessenta dias, se imóvel. O curso do prazo se inicia no momento em que o devedor houver afrontado o credor (ar. 516).

Trata-se de negócio acessório, em geral adjecto à compra e venda, mas não incompatível com os outros contratos. Enquanto na retrovenda o negócio original se resolve, no pacto de preferência há uma nova aquisição feita pelo vendedor primitivo ao primitivo comprador.

Enquanto a retrovenda recai tão só sobre bens imóveis, o pacto de preferência não sofre igual restrição. Enquanto na retrovenda o vendedor conserva o direito de readquirir a coisa, desde que o que o queira e pelo preço que a vendeu, na preempção o preferente só pode recomprar a coisa se o proprietário a quiser vender e pelo preço que for alcançado no mercado.

O pacto de preempção gera direitos pessoais, que não ultrapassam a pessoa do titular, não pode ser cedido e não passa aos herdeiros. A proibição do art. 520 do Código Civil, restringindo a preempção à pessoa do credor, possibilita a liberação do devedor, quando aquele, por qualquer razão, não quiser ou não puder utilizar a prerrogativa.

Em princípio, o comprador deve oferecer ao vendedor, a quem concedeu preferência, a coisa de que vai dispor, para que este use o direito de prelação, derivado do ajuste. Se o comprador silenciar sobre o negócio projetado, pode o vendedor, quando lhe constar que a coisa vai ser alienada, notificar o alienante de sua intenção de usar o direito de preferência, tomando outras providências legais para caracterizar seu propósito e a inadimplência do devedor.

Pacto de melhor comprador é a cláusula em que se estipula que a venda de um bem imóvel ficará desfeita se, dentro de certo prazo, não superior a um ano, apresenta-se outro comprador, oferecendo maiores vantagens. Trata-se de condição resolutiva do negócio, pois a compra e venda terá eficácia desde logo, resolvendo-se se aparecer ofertante de maior vantagem.

Pacto comissório é a aplicação, para o caso específico da compra e venda, da regra geral aplicável a todos os contratos bilaterais, de modo que o inadimplemento, por parte de um dos contratantes, defere ao outro a prerrogativa de pleitear a rescisão da avença, com as perdas e danos. O pacto comissório vem a ser a cláusula inserida no contrato pela qual os contraentes anuem que a venda se desfaça, caso o comprador deixe de cumprir suas obrigações no prazo estipulado.

A retrovenda (*pactum de retrovendendo*) é pacto adjunto à compra e venda, cláusula especial e resolutiva pela qual o vendedor reserva-se o direito