

CHRISTOPHER ALEXANDER ROISIN

O regime jurídico dos vícios redibitórios no Código Civil: Análise crítica e proposta de modificação do modelo brasileiro

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2016**

CHRISTOPHER ALEXANDER ROISIN

O regime jurídico dos vícios redibitórios no Código Civil: Análise crítica e proposta de modificação do modelo brasileiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2016**

SUMÁRIO

SUMÁRIO	III
ABSTRACT	XI
RÉSUMÉ	XII
ZUSAMMENFASSUNG	XIII
INTRODUÇÃO	1
1. HISTÓRICO	6
1.1. VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO DIREITO ROMANO	9
1.1.1. <i>Irresponsabilidade e responsabilidade primitiva</i>	10
1.1.2. <i>Responsabilidade por dolo e por garantia de inexistência de vícios</i>	14
1.1.3. <i>Responsabilidade por promessas específicas</i>	16
1.1.4. <i>Edito edilício</i>	18
1.1.4.1. Surgimento do edito.....	19
1.1.4.2. Conteúdo quanto aos vícios	24
1.1.4.3. Requisitos.....	28
1.1.4.4. Tutela do comprador.....	30
2. CONCEITO	32
2.1. VÍCIO E DEFEITO	33
2.2. TEORIAS SOBRE A ESSÊNCIA DO VÍCIO	36
2.2.1. <i>Teoria objetiva</i>	37
2.2.2. <i>Teoria subjetiva</i>	38
2.3. VÍCIO DE QUANTIDADE E VÍCIO DE QUALIDADE.....	39
2.3.1. <i>Vício de quantidade e vício de qualidade no revogado Código Comercial</i>	48
3. REQUISITOS	53
3.1. CONTRATO COMUTATIVO OU DOAÇÃO ONEROSA	53
3.1.1. <i>Contrato de prestação de serviços</i>	62
3.1.2. <i>Vício redibitório e pessoa</i>	63
3.1.3. <i>Negócio decorrente de hasta pública</i>	64
3.2. PREJUÍZO AO USO DA COISA OU DIMINUIÇÃO CONSIDERÁVEL DE SEU VALOR	66
3.3. VÍCIO OCULTO	69
3.3.1. <i>Dever de examinar a coisa no contrato de empreitada</i>	73
3.3.2. <i>Dever de examinar a coisa no contrato de locação</i>	73
3.4. GRAVIDADE DO VÍCIO	74
3.5. ANTERIORIDADE DO VÍCIO	75
3.6. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.....	78
4. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS REDIBITÓRIOS	80
4.1. TEORIAS RELATIVAS AO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL	82
4.1.1. <i>Teoria da inexecução do contrato</i>	82
4.1.2. <i>Teoria da parcial impossibilidade da prestação</i>	86
4.1.3. <i>Teoria do risco relativo à coisa vendida</i>	88
4.1.4. <i>Teoria tripartida do vício</i>	89
4.1.5. <i>Teoria da garantia</i>	91
4.1.6. <i>Teoria da violação positiva do contrato</i>	92
4.2. TEORIAS RELATIVAS AO ASPECTO PSICOLÓGICO DO COMPRADOR.....	94
4.2.1. <i>Teoria relativa à doutrina do erro</i>	94
4.2.1.1. Distinção do erro pelo grau de imperfeição do vício.....	97
4.2.1.2. Concorrência da ação anulatória por erro e da ação redibitória.....	98
4.2.2. <i>Teoria da equidade</i>	100

4.2.3. Teoria da pressuposição	103
5. OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	109
5.1. VÍCIO OCULTO, DE FÁCIL CONSTATAÇÃO E APARENTE	109
5.2. CLASSIFICAÇÃO DOS VÍCIOS NO CDC	111
5.3. VÍCIO DE PEQUENA MONTA	111
5.4. MOMENTO DA VERIFICAÇÃO DO VÍCIO	112
5.5. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO NO CDC - NÃO HÁ DISTINÇÃO ENTRE A NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E NO DIREITO CIVIL	113
5.6. ÔNUS DA PROVA	116
6. CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS	118
6.1. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA	119
6.1.1. <i>Conflito de normas - CDC e CC x CISG</i>	120
6.2. O CUMPRIMENTO (DES)CONFORME O CONTRATO	121
6.3. CONHECIMENTO DO VÍCIO PELO COMPRADOR	124
6.4. ANTERIORIDADE DO VÍCIO	125
6.5. DEVER DO COMPRADOR DE EXAMINAR A COISA RECEBIDA.....	126
6.6. ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS AO PREJUDICADO	128
6.6.1. <i>Concessão de prazo para o vendedor corrigir a prestação</i>	128
6.6.2. <i>Execução específica da obrigação</i>	130
6.6.3. <i>Substituição das mercadorias</i>	130
6.6.4. <i>Correção da desconformidade a pedido do comprador</i>	131
6.6.5. <i>Correção da desconformidade por iniciativa do vendedor</i>	131
6.6.6. <i>Abatimento do preço</i>	133
6.6.7. <i>Rescisão do contrato</i>	133
7. PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS SOBRE A CORREÇÃO DO VÍCIO	135
7.1. UNIDROIT	135
7.1.1. <i>Âmbito de incidência</i>	136
7.1.2. <i>O cumprimento conforme o contrato</i>	138
7.1.3. <i>A previsão dos vícios sob a rubrica do inadimplemento</i>	139
7.1.4. <i>Alternativas disponíveis ao prejudicado</i>	140
7.1.4.1. <i>Concessão de prazo para o devedor corrigir a prestação ou o seu objeto</i>	140
7.1.4.2. <i>Execução específica da obrigação</i>	141
7.1.4.3. <i>Substituição da parcela defeituosa</i>	142
7.1.4.4. <i>Reparação da coisa ou do serviço por iniciativa do credor</i>	143
7.1.4.5. <i>Reparação da coisa ou do serviço por iniciativa do devedor</i>	143
7.1.4.6. <i>Rescisão do contrato</i>	144
7.1.5. <i>Cláusula de irresponsabilidade</i>	146
7.2. COMISSÃO DE DIREITO CONTRATUAL EUROPEU.....	146
7.2.1. <i>Âmbito de incidência</i>	147
7.2.2. <i>O cumprimento conforme o contrato</i>	148
7.2.3. <i>A previsão dos vícios sob a rubrica do descumprimento</i>	149
7.2.4. <i>Alternativas disponíveis ao prejudicado</i>	150
7.2.4.1. <i>Concessão de prazo suplementar para o devedor corrigir a prestação ou o seu objeto</i>	151
7.2.4.2. <i>Execução específica da obrigação</i>	152
7.2.4.3. <i>Reparação da prestação por iniciativa do credor</i>	153
7.2.4.4. <i>Reparação da prestação viciada por iniciativa do devedor</i>	153
7.2.4.5. <i>Abatimento do preço</i>	154
7.2.4.6. <i>Rescisão contratual</i>	155
7.3. GRUPO DE ESTUDOS PARA UM CÓDIGO CIVIL EUROPEU	156
7.3.1. <i>Âmbito de incidência</i>	157
7.3.2. <i>O cumprimento (des)conforme o contrato e os vícios</i>	158
7.3.3. <i>Alternativas disponíveis ao prejudicado</i>	160
7.3.3.1. <i>Concessão de prazo suplementar para o devedor corrigir a prestação ou o seu objeto</i>	161
7.3.3.2. <i>Execução específica da obrigação</i>	162
7.3.3.3. <i>Reparação da prestação por iniciativa do devedor</i>	162

7.2.3.4. Substituição da prestação ou do objeto.....	164
7.2.3.5. Abatimento do preço	165
7.2.3.6. Rescisão contratual	166
7.2.3.7. Exceção de contrato não cumprido.....	167
8. ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS AO PREJUDICADO	169
8.1. AÇÃO REDIBITÓRIA	169
8.1.1. Ação redibitória e frutos.....	170
8.2.1. Ação redibitória no CC.....	170
8.2.2. Ação redibitória no CDC.....	172
8.2. AÇÃO ESTIMATÓRIA	172
8.2.1. Ação estimatória no CC	175
8.2.2. Ação estimatória no CDC.....	175
8.3. CORREÇÃO DO VÍCIO	176
8.3.1. A correção do vício no contrato de empreitada	178
8.3.2. Correção do defeito no contrato de locação	182
8.4. SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO.....	183
8.5. COMPLEMENTAÇÃO DE PESO OU MEDIDA.....	183
8.5.1. Complementação de área na compra e venda de imóvel ad mensuram	184
8.6. ALTERNATIVAS CONTIDAS NO ESBOÇO DE A. TEIXEIRA DE FREITAS	186
8.7. NORMAS PROCESSUAIS PARA O CUMPRIMENTO ESPECÍFICO DA OBRIGAÇÃO	188
8.8. O VÍCIO OU O DEFEITO COMO EXCEÇÃO	190
9. POSSIBILIDADE GENÉRICA DE CORREÇÃO DO VÍCIO REDIBITÓRIO NO DIREITO CIVIL: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA	193
9.1. SANAÇÃO DO VÍCIO NO PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL	203
10. CONCLUSÃO.....	208
- BIBLIOGRAFIA.....	210
- ÍNDICE DE FONTES JURÍDICAS	258
- ÍNDICE ONOMÁSTICO	3

*“Early to bed
Early to rise
Makes a man
Healthy
Wealthy
and
Wise”*

Ele conquistara a vitória sobre si mesmo.

George Orwell (1984)

Só Deus faz as coisas certas

logo da primeira vez

Stephen King (*A torre negra - O Pistoleiro*)

Dedico esta pesquisa a meu avô, Henrique Mendes Balão, Advogado, homem probo que ajudou a criar-me e cujas lições e ensinamentos estão, de modo indelével, ainda impregnados na minha alma.

Dedico ainda este trabalho a minha avó, Wilma Baptista Mendes Balão, mulher forte que concorreu para minha criação e cujo modo de ver a vida, bela na tristeza, linda mesmo na solidão, ainda me admira e causa espanto.

Saudade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e pelo ensejo, acima de todas as coisas. Oxalá eu possa prosseguir nos estudos continuamente, hoje e sempre.

Agradeço a meu orientador, Professor Doutor Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes, pela oportunidade e pela crença em mim, sou grato por todas as lições semanais dos últimos anos, sem as quais a pesquisa não teria se formado, nem tampouco o resultado teria surgido. Agradeço pela aposta que fez ao me escolher, mesmo sem experiência anterior conjunta, e pela orientação serena, contínua, profunda e paciente que recebi. Devo-lhe muito por este trabalho. Devo-lhe pelos saberes adquiridos de modo perene. Devo-lhe pela qualidade, agora e sempre, de Franciscano. Muito obrigado.

Agradeço ao amigo de ontem, ainda dos bancos acadêmicos, e de hoje, do ofício que comungamos, o Juiz de Direito Doutor Vitor Frederico Kämpel. Não fosse por ele, nunca teria conhecido meu orientador e esta pesquisa não teria nascido. Agradeço pela amizade sincera, longeva e substancialmente honesta que nos une. Tenho-no como exemplo de Magistrado, guardo-o no coração.

Agradeço ao Eminente Professor Doutor Otávio Luiz Rodrigues Júnior por participar da banca de qualificação que precedeu este trabalho, cujas sugestões e críticas apenas engrandeceram a pesquisa e o texto. Sou-lhe grato ainda por ter aceitado compor ainda uma vez a banca de defesa desta dissertação. É uma honra para mim, assim como é meu todo o privilégio.

Agradeço ao Eminente Professor e Desembargador Doutor Cláudio Luiz Bueno de Godoy por ter estado na banca de qualificação deste mestrado. Agradeço pelo exemplo que me dá diariamente na judicatura, provando que é possível analisar com desvelo cada um e todos os intermináveis processos que se assomam nos gabinetes de tantos Juízes dessa Pátria Amada, decidindo com presteza, e ainda assim se manter na vanguarda do estudo e do ensino. Obrigado.

Agradeço à minha esposa Alline Melim Casseb Roisin pelo incentivo constante, pelo encorajamento nos momentos de dúvida, pelo estímulo no arrefecimento que por vezes se abateu sobre mim e pela crença fiel de que eu conseguiria concluir a pesquisa e finalmente me tornar Franciscano. Não fosse sua presença, não haveria cor na vida, nem importariam os louros e as conquistas.

Agradeço a minha madrinha Ingrid (Gojtan) Portela, pelas aulas adicionais de alemão. Por aquelas dos bancos escolares e por aquelas outras que no curso da

pesquisa muito me auxiliaram. Agradeço ainda pela instigação, juntamente com José Mauro Portela, para que eu retomasse os estudos e neles prosseguisse. Sua crença, maior que minha capacidade, encorajou-me e motivou-me a acreditar que eu poderia. Eu pude. Obrigado.

Agradeço a M. Vilma Dagli Zaidan pela amizade sincera entre uma avó com muitos netos e um neto já sem avós. Suas aulas de francês permitiram a proficiência, a conquista da França e a compreensão da bela língua de Molière. Suas aulas de inglês permitirão o conhecimento do mundo contemporâneo, mas, mais que isso, levarão à penetração nos versos de Shakespeare.

Agradeço ao senhor Daniel de Medeiros Silva Corró e à senhora Lilian Christiane de Oliveira, cuja relação de trabalho é substituída por aquela que advém da amizade, que cresce no duro chão do convívio diário, mas que desabrocha nas amenidades do dia. Agradeço pela paciência em ouvir-me, pela empolgação em escutar-me e pelas confabulações e conjecturas. Muito aprendi convosco. Muito ganhei.

A todos que contribuíram para a pesquisa de qualquer forma, com palavras, pensamentos ou presença (Zé, Rafael, Clô, Edson Bonfin, João Batista, Alaor, Messias, Tomás Olcese, Francisco Sabadin, Beatriz, Luiz, Sérgio etc.).

Agradeço por fim a minha mãe, sem cuja devoção incondicionada, enorme empenho e grande dedicação na criação dos filhos, não teria sido possível a realização desta obra. Fica aqui mais um reconhecimento dos tantos que já fiz, na forma perene da escrita.

RESUMO

ROISIN, C. A., *O regime dos vícios redibitórios no Código Civil: Análise crítica e proposta de modificação do modelo brasileiro* (dissertação de mestrado), São Paulo, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

O presente estudo busca definir o regime jurídico dos vícios redibitórios no direito brasileiro. Investigam-se as origens do instituto na Antiguidade e definem-se parâmetros herdados dela. Após o desenvolvimento do histórico, analisa-se o estado atual da legislação geral brasileira, que pouco difere do regime adotado na Roma Antiga, mas que muito difere das modernas leis do consumo e das normas internacionais, com ou sem força coercitiva, que cuidam do assunto, demonstrando seu anacronismo e ineficiência. Constatada a inadequação da legislação material aos tempos modernos, busca-se nas leis do processo encontrar mecanismos que superem essa defasagem, nas leis que integram microsistemas na legislação nacional (CDC e CISG), bem como em normas que não tem coerção, mas que são muito aplicadas no comércio internacional. Desta ampla e profunda análise, percebe-se a urgente necessidade de aprimoramento da legislação brasileira, sobretudo quando há projeto de lei em curso para criar um novo Código Comercial, cujo conteúdo é igualmente defasado e até mesmo contrário às normas mercantis internacionais adotadas pelo Brasil. Essa percepção implicou na apresentação de proposta de alteração do modelo nacional, com o fim de levar o Brasil à vanguarda das legislações sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Vícios ocultos. Vícios redibitórios. Correção. Substituição. Complementação. Ação redibitória. Ação *quantum minoris*. Qualidade. Quantidade.

ABSTRACT

ROISIN, C. A., *The regulation of redhibitory vices in the Civil Code: Critical analysis and proposed modification of the Brazilian model* (dissertação de mestrado), São Paulo, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

This study seeks to define the legal regulation of redhibitory vices in the Brazilian law. The origins of the institute are searched in the ancient times and the parameters inherited from it are defined. After the development of the history, the current state of the Brazilian is analysed showing little different from the regulation adopted in the Ancient Rome, but it is quite different from the modern statute and international provisions, with or without coercive force, that deals with the subject, by proving their anachronism and inefficiency. Due to the inadequacy given by the material legislation to modern times, the procedure statutes are sought in order to find mechanisms to overcome this gap, not only in the laws that integrate microsystems in national legislation (CDC and CISG), but also in norms that have no coercion in spite of being applied in the international trade. According to this broad and deep analysis it is essential to take urgent measures to improve the Brazilian legislation, mainly when there is a bill in progress to create a new Commercial Code, whose content is similarly outdated and even contrary to the international mercantile norms adopted by Brazil. This perception has implied in the presentation of a proposal to change the national model, so as to bring Brazil to the forefront of the legislation about the theme.

KEY WORDS: *Latent defect. Replacement. Complementation. Redhibitory action. Quanti minoris action. Quality. Quantity.*

RÉSUMÉ

ROISIN, C. A., *Le régime juridique des vices rédhibitoires dans le Code Civil: Analyse critique et la proposition de modification du modèle brésilien* (dissertação de mestrado), São Paulo, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

Cette étude essaye de définir le régime juridique des vices rédhibitoires dans la loi brésilienne. On enquête sur les origines de l'Institut dans l'antiquité et on définit les paramètres dont elles sont héritées. Après le développement de l'histoire, on analyse l'état actuel de la législation générale brésilienne, qui peu diffère du régime adopté dans la Rome antique, mais qui est très différente des lois modernes de la consommation et des normes internationales, avec ou sans force coercitive, qui se rapporte à la question, on démontrant son anachronisme et son inefficacité. Compte tenu de l'insuffisance de la législation matérielle aux temps modernes, on recherche dans les lois de processus afin de trouver des mécanismes qui surmontent cette lacune dans la loi et qui font des micro-systèmes dans la législation nationale (CDC et CISG) ainsi que les règles qui n'ont pas de coercition, mais qui sont très appliqués dans le commerce international. Derivé de cette analyse large et profonde, on voit qu'il faut urgemment mettre en jour le droit brésilien, surtout quand il y a le projet de loi en cours pour créer un nouveau Code de commerce, dont le contenu est également obsolète et même contraire aux normes du marché international adoptées par le Brésil. Cette constatation a entraîné de proposer la modification du modèle national, pour qu'on mène le Brésil à l'avant-garde des lois sur le thème.

MOTS-CLÉS: *Vices cachés. Vices rédhibitoires. Correction. Substitution. Complémentation. Action rédhibitoire. Action quanti minoris. Qualité. Quantité.*

ZUSAMMENFASSUNG

ROISIN, C. A., *Die gesetzliche Regelung von verdeckten Mängeln in BGB: Kritische Analyse und der Vorschlag des brasilianischen Modell zu ändern* (dissertação de mestrado), São Paulo, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

Diese Studie versucht, die gesetzliche Regelung der redhibitorischen Laster in der brasilianischen Gesetz zu definieren. Die Ursprünge des Instituts werden in den Acient-Zeiten durchsucht und die von ihr geerbten Parameter definiert. Nach der Entwicklung der Geschichte wird der gegenwärtige Zustand des Brasilianers analysiert, der sich wenig von der im alten Rom verabschiedeten Regelung unterscheidet, aber er unterscheidet sich von dem modernen Statut und internationalen Bestimmungen mit oder ohne Zwangskraft, die sich mit dem Thema befasst, indem sie ihren Anachronismus und ihre Ineffizienz unter Beweis stellen. Wegen der Unzulänglichkeit der materiellen Gesetzgebung zur modernen Zeit sind die Verfahrensregeln sought, um Mechanismen zu finden, um diese Lücke zu überwinden, nicht nur in den Gesetzen, die Mikrosysteme in die nationale Gesetzgebung (CDC und CISG) integrieren, sondern auch in Normen, die Haben keinen Zwang, obwohl sie im internationalen Handel angewandt werden. Nach dieser breiten und tiefen Analyse ist es unerlässlich, dringende Maßnahmen zur Verbesserung der brasilianischen Gesetzgebung zu ergreifen, vor allem, wenn es einen Gesetzentwurf zur Schaffung eines neuen Handelsgesetzbuchs gibt, dessen Inhalt in ähnlicher Weise veraltet ist und sogar gegen die von ihm verabschiedeten internationalen Handelsnormen verstößt Brasilien. Diese Wahrnehmung hat in der Präsentation eines Vorschlags zur Änderung des nationalen Modells impliziert, um Brasilien an die Spitze der Gesetzgebung über das Thema zu bringen.

SCHLÜSSELWÖRTER: Versteckte Mangel. Geheimer Mangel. Korrektur. Ersatz. Komplementierung. Wandelung. Klage quanti minoris. Qualität. Graf.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva preencher um espaço, sem completá-lo, contudo, na grande lacuna existente na literatura jurídica nacional relativa aos vícios redibitórios. Este tema - vícios redibitórios - foi objeto de poucas monografias nacionais¹, de modo que o seu estudo mais aprofundado é indispensável não apenas para sua história e conhecimento do estado atual da matéria no Brasil, mas sobretudo para sua atualização, com o desenvolvimento de melhorias em seu regime jurídico, à luz da realidade humana atual e de experiências de outros povos.

Desse modo, pretendeu-se desenvolver o tema em seus limites, fundamentos, extensão e aplicabilidade.

O leitor encontrará no primeiro item da pesquisa o esboço histórico do instituto desde seus primórdios no direito romano² até a elaboração do edito edilício, cerca de 170 a.C.³ Embora a pesquisa, neste aspecto, volte-se ao estudo

¹ A. WALD, *Direito civil - Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 342-343.

² Para tanto, foram consultadas obras não jurídicas de autores latinos, cujas traduções para o português são baseadas nas seguintes obras, exceto referência expressa na própria nota em que colocada: i) PLAUTO, *Mercator*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952; ii) PLAUTO, *Mostellaria*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961; iii) PLAUTO, *Captivi*, in *Comédies - tome II: Bacchides - Captivi - Casina*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1933; iv) PLAUTO, *Rvdens*, in *Comédies - tome VI: Psevdolvs - Rvdens - Stichvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1972; v) PLAUTO, *Miles Gloriosvs*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952; vi) PLAUTO, *Persa*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961; vii) PLAUTO, *Poenvlvs*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961; viii) PLAUTO, *Stichvs*, in *Comédies - tome VI: Psevdolvs - Rvdens - Stichvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1972; ix) PLAUTO, *Trinvmmvvs*, in *Comédies - tome VII: Trinvmmvvs - Trvcvlentvs - Vidvlaria - Fragments*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961; x) HORÁCIO, *Sátiras*, L. II, III, in *Satires, epistles and ars poetica*, trad. ing. de H. R. Fairclough, London, Harvard University, 1929; e xi) APULEIO, *Metamorphoses*, v. I, livro VI, trad. ing. de J. A. Hanson, London, Harvard University, 1989.

³ As traduções do Digesto referidas nas notas de rodapé no curso do texto, exceto quando a própria nota informar coisa diversa, são baseadas em três obras, quais sejam: i) P. A. TISSOT - A. G. DAUBANTON, *Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine ou collection des fragments qui nous restent du droit romain, antérieur a Justinien ou, Collection des fragmens qui nous restent du droit romain, antérieur à Justinien; contenant: 1. Les fragmens de la loi des douze tables, 2. Les fragmens de Gaius, traduits en français par P. A. Tissot. Suivis, 3. Des codes Grégorien et Hermogénien, 4. Des fragmens d'Ulpian, 5. Des sentences de Paul, aussi traduits en Français par A.G. Daubanton*, Metz, Chez Lamort, 1811; ii) H. HULOT, *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien, Traduits en français par feu M. Hulot, Docteur-agrégé de la faculté de droit de Paris et avocat au parlement, pour les quarante-quatre premiers livres, et pour les six derniers par M. Berthelot, ancien docteur-agrégé de la même faculté, avocat au parlement, censeur royal pour la jurisprudence, et maintenant professeur de législation à l'école centrale du*

do direito romano por razões em seu bojo justificadas, perpassa por outros modelos da Antiguidade (e.g. direito babilônico, grego e egípcio) e mesmo da Idade Médica (direito bizantino) que não desenvolve, reservando-se-os para outra pesquisa mais densa, em face da origem histórica do direito nacional.

A pesquisa também buscou conceituar o seu objeto de modo preciso, definindo-o, inclusive, no que tange às expressões vício e defeito usadas indistintamente pela legislação e pela maior parte da doutrina, passando pela interessante questão acerca do defeito de quantidade, qual seja, se ele configura vício redibitório ou não.

Também, cada um dos elementos que compõem o conceito foi enfrentado, discorrendo-se sobre teorias que tentaram explicar sua natureza jurídica.

Não se pode olvidar que o direito privado brasileiro é, no mínimo, dicotômico,⁴ existindo um subsistema voltado à defesa dos consumidores, o que foi igualmente levado em conta para traçar as diferenças de regime, bem como sua proximidade, com vistas a clarificar as distinções e, sobretudo, verificar os avanços havidos no tema, com a percepção do consumidor como o grande agente econômico da atualidade a demandar proteção mais eficaz e específica.

Afora a dicotomia referida, não se pode esquecer da inserção do Brasil no mercado global, o que implicou na necessidade, ainda no âmbito do direito positivo, de analisar o tema sob os ditames da Convenção de Viena sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, anotando-se que tal tratado foi internalizado no direito brasileiro. A importância desta análise decorre da previsão de remédios outros, alheios ao regime geral do CC, bem como da

gard. Sur un exemplaire des pandectes florentines, conféré avec l'édition originale de Contius, celle de Denis Godefroy par Elzévir et plusieurs autres, t. III, Paris, Rondonneau, 1804; iii) I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano*, t. 1, 2 e 4, Barcelona, Jaime Molinas, 1889; e iv) G. VIGNALI, *Corpo del diritto corredato delle note di Dionisio Gotofredo, e di C. E. Freiesleben altrimenti Ferromontano, con le varianti delle leggi e con la conciliazione delle stesse fra loro, preceduto della cronologia delle leggi di Roma, compilata sulle migliori opere finora pubblicate cool'aggiuzione delle Istituzioni di Cajo, dei frammenti di tutte le leggi relative al diritto romano, sia che sieno mentovate nel Corpo del diritto sia che siano raccolte in altre opere, dei frammenti di Ulpiano, di Paolo e de frammenti così detti Vaticani, corredato in ultimo di sei indice e cronologici ed alfabetici*, v. IV, Napoli, Achille Morelli, 1857.

⁴ Diz-se no mínimo dicotômico em razão da tentativa de ressuscitamento de um Código Comercial - PL 1572/2011, da Câmara dos Deputados (O projeto foi apresentado pelo Deputado Vicente Candido, com a seguinte ementa: "Institui o Código Comercial", aos 14/06/2011).

possibilidade de sua incidência nas relações privadas internas e mesmo nas relações de consumo, como excepcionado pela própria Convenção.

Pelo mesmo motivo, e sendo o Brasil membro do UNIDROIT, os princípios deste instituto foram também analisados, em que pese se trate de uma norma sem coerção, porque, no bojo dos princípios, há regras específicas bastante utilizadas e consagradas pelo uso internacional relativamente aos vícios redibitórios. Este estudo foi necessário para verificar a atualidade do sistema interno e revelar a necessidade de sua melhoria. Além disso, não se pode olvidar que os particulares podem escolher que suas relações sejam regidas pelos princípios do UNIDROIT, o que pode torná-los obrigatórios como lei entre as partes em determinadas circunstâncias.

Estudando-se os princípios referidos, percebeu-se a necessidade de analisar-se também os resultados dos estudos da Comissão de Direito Contratual Europeu, embora sem força coercitiva e inaplicáveis ao Brasil, exceto se integrados aos atos jurídicos privados, pela simples razão de aferir como se comportam em termos gerais os sistemas europeus sobre a matéria, com vistas a descobrir novas facetas do instituto e outros remédios não previstos pela legislação interna que poderiam ser úteis e até de recomendável previsão. O mesmo se fez em relação ao grupo de estudos para um Código Civil europeu.

Em item autônomo, desenvolveu-se todas as alternativas franqueadas ao prejudicado por um vício oculto, desde as clássicas opções edilícias (redibição e redução do preço), até aquelas relativas à correção do vício (que se mostrou muito mais antiga que imaginado e está presente em modelos contratuais próprios, como a empreitada e a locação), bem como aquelas relativas à substituição do objeto viciado (que não é inovação do CDC, mas esteve limitadamente presente no Esboço de A. TEIXEIRA DE FREITAS) e a complementação do peso ou da medida (que existe também no CC).

Como a pesquisa volta-se para o instituto dos vícios redibitórios por completo, discutidas as opções materiais, analisou-se as normas processuais voltadas ao cumprimento específico da prestação, na medida em que as inovações processuais têm inegável influência nas alternativas dispostas ao prejudicado que, com elas, passou a poder exigir a correção do vício ou do defeito oculto, porque tal correção não representa senão uma faceta do cumprimento específico da prestação, que só será convertida em perdas e danos

na impossibilidade de atingimento da prestação *in natura*, como quis a legislação processual.

Vê-se aqui, portanto, uma influência enorme do direito processual sobre o direito material. Aliás, o fato mostra-se absolutamente interessante, sob o ponto de vista da instrumentalidade do direito processual perante o direito material, já que aquele deveria realizar este e, em relação ao tema da pesquisa, o instrumento revelou-se verdadeira fonte de direito material.

Questão interessante que se apresentou nesta análise foi a visualização dos vícios como exceção à exigência de cumprimento da prestação comutativa pelo devedor faltoso. Note-se que a exceção neste particular teria não apenas um viés processual, mas igualmente material, o que afeta inclusive o prazo decadencial (ou prescricional) para sua alegação.

Em vista de tudo qual foi estudado, percebeu-se o descompasso entre as previsões legais do CC, basicamente copiadas do CC/16, com o que modernamente se revela tanto no CDC como na Convenção de Viena e nas normas processuais, além do quanto está previsto nos instrumentos internacionais tratados, igualmente mais avançados que o sistema interno.

Essas mesmas conclusões levaram à necessidade de afastamento, por completo, do atual Projeto de Código Comercial em curso na Câmara dos Deputados, cujo texto representa um verdadeiro retrocesso na matéria.

Essa defasagem motivou a apresentação de proposta de alteração legislativa, destinada a incorporar todas as inovações discutidas no curso da pesquisa ao direito positivo brasileiro.

A finalidade da proposta é clara, qual seja atualizar e modernizar o direito brasileiro, melhorando-o com a incorporação de alternativas e possibilidades que outros países já internalizaram em seus respectivos sistemas jurídicos, alguns há mais de uma década, levando o Brasil à vanguarda das legislações sobre a matéria o quanto antes.

Note-se que, de ordinário, as inovações ocorridas no mundo ocidental aportam no Brasil décadas depois de realizadas por outras nações civilizadas, o que a presente pesquisa busca evitar.⁵

⁵ *E.g.*: Recentemente, iniciaram-se no Brasil discussões acerca de *jurimetria* e sua aplicação no exercício da advocacia (M. G. NUNES - J. A. Z. TRECENTI, *Jurimetria estatística e estratégia na gestão jurídica*, in *Papéis e responsabilidades do jurídico corporativo*, São Paulo, IASP, 2016, pp.

Dentro das possibilidades restritas que este estudo comporta, mas principalmente dos limites propostos como seu objeto, a presente pesquisa buscou esgotar o tema, de modo que foram abordadas praticamente todas as suas facetas, pretendendo ser mais uma contribuição a um tema tão maltratado e ao mesmo tempo tão presente na vida privada cotidiana.

157-170). Contudo, referida discussão existe nos Estados Unidos da América desde pelo menos 1949, quando publicado artigo específico sobre este tema de autoria de L. LOEVINGER (*Jurimetrics*, in *Minnesota law review Journal of the state bar association*, 33 (1949), pp. 455-493). Mesmo as discussões relativas ao princípio da boa-fé, ainda hoje em voga no Brasil e iniciadas anos atrás, são velhas em países como a Alemanha, como demonstrou J. P. SCHMIDT, em sua conferência realizada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo aos 05/12/2015, intitulada *Zehn Jahre artigo 422 Código Civil - Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis*.

1. HISTÓRICO

As regras de proteção ao comércio surgiram pela inevitável evolução do ser humano que, congregado em sociedade por necessidade intrínseca, passou a governar-se por normas de conhecimento geral, destinadas a permitir a coexistência entre as pessoas nas várias comunidades, garantido a convivência com o outro e a individualidade própria de cada um.

As condições interiores e exteriores dos seres humanos impuseram a estes a necessidade de sua adaptação social⁶ no contexto das comunidades que se formavam pouco a pouco no globo terrestre e aumentavam em complexidade suas relações,⁷ partindo do empirismo à experiência⁸ e ao método científico.

Não bastasse isso, no desenvolvimento dos povos, constatou-se uma propensão na natureza humana em realizar permutas, escambo de coisas, trocas,⁹ seja pela necessidade, seja pela conveniência.¹⁰

Esse desejo humano, antes de ser algo racional, ordenado, pensado e disciplinado por regras (jurídicas ou não), decorre de fatores psíquicos, que se submetem a quatro padrões básicos de conduta: i) a partilha comunitária, entre membros do mesmo grupo de pessoas; ii) o confisco realizado pelo hierarquicamente superior em relação ao inferior por sua autoridade; iii) a equiparação, em que duas pessoas trocam objetos em momentos diferentes, sendo idênticos ou equivalentes os objetos trocados, com o sentimento inato de que se deve retribuir o recebimento anterior, inclusive sob pena de represália; e

⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 1-7; e *Sistema de ciência positiva do direito*, 2ª ed., v. 1, Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, pp.189-198.

⁷ T. S. FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 52-55.

⁸ J. LOCKE, *An essay concerning human understanding* (1959), *Ensaio sobre o entendimento humano*, trad. port. de E. B. Soveral, 5ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 105-111.

⁹ A. SMITH, *An inquiry into the nature and causes of wealth of nations* (1950), *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, trad. port. de T. Cardoso, v. I, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 93-98; e G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), p. 268.

¹⁰ Observe-se que a prosperidade de uma nação está ligada à segurança que se espera e que se atinge quanto ao respeito à propriedade e aos contratos. (G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), p. 268).

iv) a precificação do mercado, em que a moeda - em sentido amplo (*v.g. pecus*, sal, metais, pedras, cédula etc.) - realiza o papel de fator equivalencial de troca.¹¹

No caso da responsabilidade por vícios, deu-se exatamente o mesmo, bastando notar que na origem do instituto a responsabilidade surgiu para proteger o tráfico de escravos, praticado em âmbito internacional, normalmente por estrangeiros, o que impunha o desenvolvimento de mecanismos de proteção do comércio e mesmo do Estado, em face do recolhimento de tributos e do recebimento de divisas e produtos do exterior.¹²

A Antiguidade legou diversos sistemas jurídicos em que o tema foi tratado.

O direito grego clássico¹³ continha previsões expressas acerca dos vícios redibitórios, como noticia o filósofo PLATÃO,¹⁴ ARISTÓTELES,¹⁵ e HIPÉRIDES,¹⁶ sendo as Leis de Gortina¹⁷ sua mais antiga referência (Séc. V, a.C.).¹⁸

¹¹ S. PINKER, *The blank slate: The modern denial of human nature* (2002), *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*, trad. port. de L. T. Motta, São Paulo, Companhia das Letras, 2004, pp. 321-323.

¹² O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 55-70.

¹³ Em contraposição ao direito grego helênico (posterior a Alexandre, o Grande).

¹⁴ PLATÃO, *As leis - incluindo epinomis*, 2ª ed., trad. port. de E. Bini, São Paulo, Edipro, 2010, pp. 440-442. Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 278.

¹⁵ "Also Market-controllers are elected by lot, five for Peiraeus and five for the city. To these the laws assign the superintendence of all merchandise, to prevent the sale of adulterated and spurious articles." (ARISTÓTELES, *The Athenian constitution; The eudemian ethics; On virtues and vices*; trad. ing. de H. Rackham, Cambridge, Harvard University, 1952, p. 139).

¹⁶ "[14] The first law, then, stipulates that people shall not tell lies in the market, which seems to me a most admirable provision.1 Yet you lied in the middle of the market when you made the agreement to defraud me. But if you show that you declared to me beforehand the contributions and the debts, or that you wrote in the agreement the names of those whose existence I later discovered, I have no quarrel with you; I admit that I owe the money." (HYPERIDES, *Minor Attic Orators - Lycurgus, Dinarchus, Demades, Hyperides*, trad. ing. de J. O. Burt, Cambridge, Harvard University, 1962, p. 441).

¹⁷ Dizia a lei de Gortina: Col. VII, 9, "If someone has bought a slave from the markt-place and has not terminated the agreement within sixty days, the one who has acquired him shall be liable, if (the slave) has done any wrong before or after (the purchase)." (R. F. WILLETTS, *The law code of Gortyn*, Berlin, Walter de Gruyter, 1967, p. 45). Embora seja evidente que o período cuida da responsabilidade noxal, acrescenta em seus comentários o tradutor: "The purchaser of a slave from the market-place, who has not terminated the agreement within 60 days, becomes liable if it transpires that the slave has done damage before or after the purchase. (...) We know from other Greek sources the market sales were subject to official control so as to ensure that a defective slave, particularly one suffering from a disease, could be returned to the vendor and the buyer be indemnified by a public procedur. (...) The very existence of the Gortynian market regulation shows that the slave-trade was organized and subject to official state control early in the 5th Century B.C." (op. cit., p. 70). Para informações etimológicas cf. op. cit. mesma página, nota 11-12).

O direito babilônico também cuidou do tema - vícios em escravos - em normas específicas nas Leis de Hammurabi.¹⁹

Foram além, entretanto, as Leis de Hammurabi, que não se limitaram à previsão de responsabilidade por vícios incidentes sobre escravos, mas também a imóveis e navios.²⁰

Para a tradução alemã, cf. F. BÜCHELER - E. ZITELMANN, *Das Recht von Gortyn*, Frankfurt, Johann David Sauerländer, 1885, p. 30. Os mesmos autores cuidam de explicar a compra e a venda de escravos nas pp. 167-169.

¹⁸ Sobre o tema no direito grego, cf. R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 3-14. Ainda sobre o Direito Grego: Cf. F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1950, pp. 473-480; e O. N. C. QUEIROZ, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço, Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 53-57. Sobre o Código de Gortina: Cf. F. BÜCHELER - E. ZITELMANN, *Das Recht von Gortyn*, Frankfurt, Johann David Sauerländer, 1885; R. F. WILLETTS, *The law code of Gortyn*, Berlin, Walter de Gruyter, 1967; e R. D. CHAVANNES, *La loi de Gortyne*, in *Bulletin de correspondance hellénique* 9 (1885), pp. 301-317. Há esboço histórico do povo, do território e do próprio código em A. CARLETTI, *Brocardos jurídicos*, v. III, São Paulo, Leud, 1986, pp. 199-234.

¹⁹ Retira-se das Leis de Hammurabi “278 *If a man purchases a slave or slave woman and within his one-month period epilepsy then befalls him, he shall return him to his seller and the buyer shall take back the silver that he weighed and delivered.*” (M. T. ROTH, *Law collections from Mesopotamia and Asia minor*, 2ª ed., Atlanta, Scholars, 1997, p. 132).

Melhor a tradução de G. R. DRIVER - J. C. MILES: “[278] *If a man will buy a slave (or) a slave-girl and his month’s warranty has not expired and the falling sickness smites him, he shall render (him) to his seller and the buyer shall take (back) the silver that he has paid.*” (*The babylonian laws*, v. II, Oxford, Clarendon, 1955, p. 93).

Para os comentários filológicos acerca da tradução, cf. op. cit., pp. 279-280. Para os comentários acerca do alcance da norma, cf. G. R. DRIVER - J. C. MILES, *The babylonian laws*, v. I, Oxford, Clarendon, 1952, pp. 478-482.

Para a tradução alemã, cf. J. KOHLER - F. R. PEISER, *Hammurabi’s Gesetz*, v. I, Leipzig, Eduard Pfeiffer, 1904, pp. 74; 98.

²⁰ Relevante notar, nesse passo, que a solução dada pelas Leis de Hammurabi para a hipótese do cumprimento defeituoso na empreitada e na construção de navios era muito mais avançada que a perspectiva romana e tradicional dos vícios redibitórios, já que contemplava uma pretensão de correção do objeto ou o reparo da coisa viciada.

Dizia aquele direito: “229 *If a builder constructs a house for a man but does not make his work sound, and the house that he constructs collapses (...)*” (M. T. ROTH, *Law collections from Mesopotamia and Asia minor*, 2ª ed., Atlanta, Scholars, 1997, p. 125), e acrescentava: “232 *If it should cause the loss of property, he shall replace anything that is lost; moreover, because he did not make sound the house which he constructed and it collapsed, he shall construct (anew) the house which collapsed at his own expense.*” (op. cit., mesma página). Além disso, quando o pedreiro construísse um prédio realizando a empreitada inadequadamente, de modo que o muro viesse a ruir, deveria o mesmo pedreiro e às suas expensas fortificar o muro em questão (§ 233). Dizia o direito antigo: “233 *If a builder constructs a house for a man but does not make it conform to specifications so that a wall then buckles, that builder shall make that wall sound using his own silver.*” (op. cit., mesma página). No que tange à construção de navios, previam as Leis de Hammurabi que se o barqueiro calafetasse a embarcação para outrem, executando o serviço sem seriedade e no ano da prestação o navio adornasse ou apresentasse defeito, o barqueiro desmontaria o barco com seus próprios recursos, o reforçaria e o devolveria ao proprietário (§ 235). A redação era a seguinte: “235 *If a boatman caulks a boat for a man but does not satisfactorily complete his work and within that very year the boat founders or reveals a structural*

Além destes dois sistemas da Antiguidade, houve previsão do tema também no direito egípcio²¹ e, já na Idade Média, no direito bizantino.²²

O direito romano também cuidou do problema e, dada sua importância, seu sistema jurídico será tratado autonomamente.

1.1. Vícios redibitórios no direito romano

A análise da maioria dos institutos jurídicos de direito privado passa, sob a perspectiva histórica, pelo estudo do direito romano.

A necessidade de análise e do estudo constante do antigo direito romano, com evidente proveito à melhor compreensão do sistema jurídico presente, é inegável, como apontava em sua época A. TEIXEIRA DE FREITAS²³ e o

defect, the boatman shall dismantle that boat and make it sound at his own expense, and he shall give the sound boat to the owner of the boat." (op. cit., pp. 125-126).

Melhor a tradução de G. R. DRIVER - J. C. MILES: "[§229] *If a builder has built a house for a man and has not made his work sound, and the house which he has built has fallen down (...)*" (*The babylonian laws*, v. II, Oxford, Clarendon, 1955, p. 83) "[§232] *If it destroys property, he shall replace anything that it has destroyed; and, because he has not made sound the house which he has built and it has fallen down, he shall (re)build the house which has fallen down from his own property.*" (op. cit., mesma página). "[§233] *If a builder has built a house for a man and does not make his work perfect and a wall bulges, that builder shall put that wall into sound condition at his own cost.*" (op. cit., mesma página). "[§235] *If a shipman has caulked a ship for a man and does not made his work secure and so that ship springs a leak in that very year (or)reveals a defect, the shipman shall break up that ship and shall make the ship sound out of his own property and give (back) a sound ship to the owner of the ship*" (op. cit., p. 85)." Para os comentários filológicos acerca da tradução, cf. op. cit., pp. 256-259. Para os comentários acerca do alcance da norma, cf. G. R. DRIVER - J. C. MILES, *The babylonian laws*, v. I, Oxford, Clarendon, 1952, pp. 425-429.

Para a tradução alemã, cf. J. KOHLER - F. R. PEISER, *Hammurabi's Gesetz*, v. I, Leipzig, Eduard Pfeiffer, 1904 p. 94.

²¹ F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1950, pp. 494-495. No que tange à relação entre o direito grego e o direito egípcio afirmada na obra retro, há crítica acerca das conclusões formuladas por M. I. FINLEY, *Some problems of greek law: A consideration of Pringsheim on sale - SEMINAR - An annual extraordinary number of the jurist*, IX, Washington, School of Canon Law, 1951, pp. 71-91).

²² No direito bizantino, em relação à venda de vinhos, estabeleceu-se que era dever do vendedor garantir a qualidade do vinho vendido pelo prazo de cinco meses. Caso neste período constatasse-se que o produto estava viciado, o vendedor tinha o dever de substituí-lo por outro de boa qualidade. Referida regra de substituição teria nascido por influência do direito egípcio, que continha regra específica para a venda de animais, segundo a qual o vendedor, para evitar a penalidade aplicável no caso da venda de animal viciado, podia oferecer outro do mesmo tipo ao credor (F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1950, pp. 494-495).

²³ Para quem "elle é um direito vivo, objecto constante das Incubrações dos sabios da Allemanha, e ponto de partida de tudo quanto se tem escripto, e se tem de escrever em materia de jurisprudencia. Não vêdes como ultimamente se julgou preciso, que o direito romano fosse leccionado nas nossas faculdades?" (*Carta de 22 de outubro de 1857*, in M. A. S. SÁ VIANNA, *Teixeira de Freitas - Traços biographicos*, Rio de Janeiro, Hildebrandt, 1905, p. 78). Citado também por J. C. MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito*

Brasil o percebera formalmente com a edição do Decreto nº 608, de 16 de agosto de 1851.²⁴

No que proposto para a pesquisa, sua relevância é ainda maior, não apenas porque no Brasil o direito romano vigorou por força das Ordenações do Reino de Portugal²⁵ até o início de vigência do CC/16,²⁶ mas principalmente porque as normas contemporâneas estão impregnadas pelas regras milenares que tiveram vigor na antiga Roma.²⁷

A correta compreensão do tema sob a perspectiva atual passa por este estudo, que será feito em três partes. A primeira cuidará da irresponsabilidade do vendedor e do remédio mais primitivo encontrado nas fontes romanas. A segunda tratará do dolo do vendedor e de sua responsabilidade pelas palavras que disse no momento da celebração da venda. A terceira, e última, tratará do conteúdo do edito edilício e analisará com mais profundidade, sem pretensões de esgotamento, o seu conteúdo.

1.1.1. Irresponsabilidade e responsabilidade primitiva

Nos primórdios do sistema romano, o objeto da venda representava a coisa tal qual era e, com sua evolução, já no direito justiniano, o objeto da prestação passou a ser o objeto tal qual deveria ser.²⁸

inovador, in *Estudos de direito romano*, Brasília, Senado Federal, 2009, pp. 417-448, especialmente pp. 422-423 e notas 6 e 11.

²⁴ “Art. 2º He autorizado tambem o Governo a crear mais duas Cadeiras, huma de Direito Administrativo, e outra de Direito Romano, continuando porêem a ser de cinco annos o curso completo das Sciencias Juridicas e Sociaes.”

²⁵ “Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.” (Lei de 20 de outubro de 1823).

²⁶ C. V. COUTO E SILVA, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, in *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* 40 (1987), p. 129.

²⁷ Aliás, há quem diga que o Brasil é uma nova Roma. Cf. D. RIBEIRO, *O povo brasileiro - A formação e o sentido do Brasil*, 2ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995; e S. B. HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 27ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

²⁸ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain - Les obligations*, t. II, 4ª ed., Paris, Domat, 1948, pp. 157-158.

Desse modo, inicialmente, não se cogitava sobre a responsabilidade do vendedor por vícios ocultos que a coisa pudesse conter, uma vez que a coisa era alineada exatamente como se apresentava, com suas qualidades e defeitos.

O mais antigo caso de responsabilidade por vício oculto que se tem notícia no direito romano diz respeito às compras e às vendas mancipatórias de terrenos,²⁹ como se depreende de P, S, 2, 17, 4³⁰ e P, 2, 19, 1,³¹ relativamente à *actio de modo agri*, que não teria subsistido no direito justiniano.

Segundo referida regra, quando um vendedor alienasse um fundo rústico por intermédio da *mancipatio* e afirmasse (*dicta in mancipio*) que o imóvel alienado tinha uma determinada extensão e tal referência à medida não fosse verdadeira, deveria indenizar o comprador pagando o dobro do valor da superfície faltante.

A ação para exigir referida indenização era chamada de *actio de modo agri*.³²

Note-se que referida regra cuidava da venda *ad mensuram* de imóveis rústicos, mas não estava ligada propriamente à teoria dos vícios redibitórios, mas sim à teoria dos delitos,³³ segundo a opinião comum dos juristas.³⁴

²⁹ P. JÖRS - W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1949, p. 233.

³⁰ “4. *Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur.*” cuja tradução seria: “Vendido um terreno o vendedor, se tivesse mentido a respeito da área do mesmo, [deveria] ser por ofício do juiz e mediante avaliação, condenado a pagar ao comprador o dobro da importância correspondente à parte inexistente do terreno.” (sic) (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 32, nota 15).

³¹ “[1. 19. *Quemadmodum actiones per infitiationem duplentur*] - 1. *Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relict, damni iniuriarum legis Aquilliae, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est. 2. Ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest.*”

“Quando é possível a condenação ao dobro, por causa da má-fé. 1. A condenação ao dobro em razão de má-fé tem lugar, por exemplo, no julgamento por dívida ou na despesa para a entrega do legado que o herdeiro tenha que entregar, por erros cometidos com o propósito de prejudicar, e danos e interesses devidos após a Lei Aquilia; é o mesmo quanto aos campos, pelos quais o adquirente tenha sido enganado pelo vendedor. 2. Este processo, no qual se aplica a condenação em dobro por má-fé, não pode ser terminado por um acordo.”

³² A. D'ÓRS afirma que no direito arcaico o vendedor indenizaria a diferença, mas que era possível a litiscrescência (*manus iniectio* no direito arcaico ou *duplum* no direito clássico) em favor do comprador (*Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, pp. 549-550).

³³ C. LONGO, *Corso di diritto romano (parte generale; fatti giuridici - negozi giuridici - atti illeciti; parte speciale: La compra-vendita)*, Milano, [s/d], p. 231; e I. M. P. VELASCO, *Obrigações decorrentes da compra e venda consensual romana* in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 45 (1988), p. 63.

Mesmo em relação à ação redibitória, que será tratada adiante, há quem sustente cuidar-se

Nos termos do texto latino preservado, a responsabilidade referia-se à extensão do fundo, de modo que a indagação que permanece, quando se analisa referida regra, é se o vendedor poderia ser responsabilizado pela *dicta in mancipio* relativamente a outros elementos que não o tamanho da terra vendida, objeto natural da *actio de modo agri*.

Há viva discussão sobre a resposta, havendo três posições sobre o tema.

R. ZIMMERMANN afirma que não é possível saber, havendo apenas a instrução de CÍCERO,³⁵ segundo a qual a frase *uti lingua nuncupasset ita ius esto*, contida na Lei das XII Tábuas,³⁶ aplicava-se aos vícios em geral, concluindo que CÍCERO não era advogado e suas instruções, por vezes, mostram-se imprecisas.³⁷

Compartilha desse entendimento V. ARANGIO-RUIZ, para quem não havia responsabilidade em matéria de vícios, mesmo em relação aos prédios citados na obra ciceroniana, sustentando que CÍCERO teria cometido um equívoco

de ação penal, o que não é correto. (Cf. R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 84-87, com indicação de autores que atribuem caráter penal à ação na p. 84, nota I e referência às razões que afastam este caráter da ação redibitória, inclusive com contrariedade aos argumentos daquela corrente).

³⁴ Cf. I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 32.

³⁵ CÍCERO, *De officiis*, 3, XVI-65: “[65] *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*”

“É princípio sancionado pelo nosso direito civil, em matéria de compra e venda de prédios, o dever do vendedor de declarar os vícios da coisa vendida, de seu conhecimento. Pois, como as XII Tábuas se contentaram com obrigar o vendedor a garantir o comprador por tudo quanto aquele declarara, no ato da venda, sujeitando o mesmo vendedor à pena de dolo, caso negasse haver feito a declaração, os juriconsultos estenderam a pena também aos casos de reticência: e decidiram obrigar o vendedor a responder por qualquer vício do prédio, de seu conhecimento, caso não houvesse expressamente indicado ao comprador a existência de tal vício.” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 34, nota 17).

Analisando o tema na obra de CÍCERO, E. COSTA afirma que ele não assume o seu ponto de vista de modo resolutivo e decisivo, embora esclareça que o tema era debatido vivamente pela moral e pelo direito (*Cecerone giureconsulto parte I, Il diritto privato*, Bologna, Gamberini e Parmeggiani, 1911; pp. 182-183).

³⁶ *Tabula VI Fragmentum 1. Citatio 1: “QUm nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto.”* (S. A. B. MEIRA, *A lei das XII tábuas: Fonte do direito público e privado*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 152).

“Se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunhas, o que prometeu tem força de lei” (S. A. B. MEIRA, *op. cit.*, p. 171).

³⁷ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, New York, Oxford University, 2006, p. 308.

ao incluir no título vícios redibitórios decisões advindas do regime das *auctoritas* ou da *actio de modo agri*.³⁸ Todavia, como ressalta I. M. P. VELASCO, o professor italiano não fornece as razões que o levam a concluir categoricamente sua afirmação.³⁹

Há quem sustente, baseando-se em CÍCERO e nas *Iulii Pauli Sententiae*, mencionadas anteriormente, que na Lei das XII Tábuas havia um verdadeiro sistema de garantia dos vícios.

É a posição de R. MONIER,⁴⁰ que, ao revés dos adeptos da corrente anterior, afirma que CÍCERO era um jurisconsulto que conhecia bem a Lei das XII Tábuas.⁴¹ No mesmo sentido é a opinião de R. FUBINI⁴² e de J. BERNON.⁴³

Para os adeptos desta segunda posição, o fundamento não estaria apenas na obra ciceroniana, mas estaria plasmado ainda em GAIO, em seu *libro tertio ad legem duodecim tabularum*.⁴⁴

Outros, por sua vez, afirmam que na venda pela *mancipatio* não socorria ao comprador qualquer opção além da *actio de modo agri* no que se referia à extensão ou a *actio auctoritatis*, própria da evicção, carecendo o

³⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, pp. 353-361.

³⁹ I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 34.

⁴⁰ R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 5-9.

⁴¹ Sobre a vida e a obra de Cícero, nominando-o de jurisconsulto, cf. E. COSTA, *Cecero giureconsulto parte I, Il diritto privato*, Bologna, Gamberini e Parmeggiani, 1911; e do mesmo autor: *Cecero giureconsulto parte II, Il diritto pubblico*, Bologna, Gamberini e Parmeggiani, 1916; *Cecero giureconsulto parte III, Il processo civile*, Bologna, Gamberini e Parmeggiani, 1917; e *Cecero giureconsulto parte IV, Il diritto ed il processo penale*, Bologna, Gamberini e Parmeggiani, 1919. Especificamente sobre o tema, a parte I, pp. 182-183.

⁴² R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 24-26.

⁴³ *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887, p. 25-30.

⁴⁴ D, 2, 14, 48: “*In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.*”

“Na tradição das coisas, o que quer que tenha sido acordado, é valido manifestamente.”

comprador de ação para as hipóteses de vícios outros, como P. F. GIRARD.⁴⁵ Para estes, em suma, não havia previsão geral de uma tutela por vícios da coisa.⁴⁶

Embora as fontes sejam escassas, a razão parece estar em R. MONIER na medida da boa-fé objetiva,⁴⁷ conhecida pelo direito romano, vinculada, sobretudo, ao direito das obrigações⁴⁸ e ao valor da palavra dada.⁴⁹ Ademais, referido autor considera não apenas a obra ciceroniana, como R. ZIMMERMANN, mas a agrega à de GAIO e às sentenças de PAULO, o que valoriza sua conclusão, alcançada pelo conjunto.

1.1.2. Responsabilidade por dolo e por garantia de inexistência de vícios

No período final da república e no início do período clássico, a *actio empti* torna-se disponível contra o vendedor que atuasse contra a boa-fé para se furta a suas responsabilidades.⁵⁰

Sua incidência era limitada, mas imputava responsabilidade ao vendedor quando este atuasse com *dolus malus*, isto é, quando o vendedor,

⁴⁵ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6ª ed., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1918, p. 573.

⁴⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, A. Giuffrè, 1990, pp. 590-591.

⁴⁷ J. BERNON, *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887, p. 28.

⁴⁸ “(...) risulta quindi molto significativo un dato che - nell’ambito del diritto delle obbligazioni o, se si vuole, contrattuale - ha sempre accompagnato l’operatività della bona fides, quale richiamo alle regole di correttezza usualmente correnti, nell’esperienza romana: la limitazione di tale operatività ad alcune fattispecie tipiche e la conseguente assenza di una portata generale del principio del rispetto della parola data coessenziale alla bona fides stessa.” (M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, in L. GAROFALO (org.), *Il ruolo della buona fide oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea - Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, v. IV, Milano, Cedam, 2003, p. 47).

⁴⁹ Importa, neste passo, anotar o alerta de C. V. COUTO E SILVA: “Discutiui-se, se, no Direito Romano, o conceito de boa fé era unívoco, ou se, pelo contrário, comportava mais de um significado. Questionou-se se o conceito de boa fé era, no Direito Obrigacional, objetivo, e no Direito das Coisas, subjetivo, como queria Wätcher, ou se representava exteriorizações de um só conceito, como afirmava Bruns.” (*O princípio da boa fé no direito brasileiro e português in Estudos de direito civil brasileiro e português (I Jornada luso-brasileira de direito civil)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 45). Sobre o tema, cf.: J. M. ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el derecho europeo actual*, Córdoba, Publicaciones Universidad de Córdoba, [s.d].

⁵⁰ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, New York, Oxford University, 2006, p. 308; e I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 40.

sabendo da existência dos vícios que a coisa possuía, ocultou-os propositalmente do comprador.⁵¹

Além da hipótese de atuação com dolo, nesta fase do desenvolvimento romano, também era responsável o vendedor que assegurasse ao comprador que a coisa estava isenta de (todos, alguns ou algum) vícios, por intermédio de uma *dicta in mancipio*.⁵²

Note-se que a proteção do comprador se dava sob um aspecto negativo,⁵³ na medida em que o comprador poderia exigir o ressarcimento do dano por ter celebrado o negócio fundado em premissas falsas, afirmadas pelo vendedor.⁵⁴

⁵¹ O primeiro caso de que se tem notícia segundo R. ZIMMERMANN (*The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, New York, Oxford University, 2006, p. 309) está em D, 1, 19, 4, pr.: “*Si servum mihi ignorantem, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum antequam mihi quid abesset.*”

“Se, a mim que o ignorava, vendes um escravo que sabes ladrão ou delinquente, ainda que tenhas prometido o duplo, ficas a mim obrigado pela ação de compra pelo quanto me interesse tê-lo sabido, porque por este motivo não posso exercer contra ti a ação da estipulação, antes que me tenha faltado algo.”

⁵² D, 19, 1, 6, 4: “*Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. Sed si vas mihi vendideris ita, ut affirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. Quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert.*”

“Se me tivesses vendido uma vasilha e dito que nela caberia determinada medida ou certo peso, exercitarei contra ti a ação de compra, se nela couber menos. Mas se me tivesses vendido uma vasilha, afirmando que estava íntegra, se não estiver íntegra, me responderás também pelo que por tal motivo eu tiver perdido; mas se não tivesses combinado de me entregá-la perfeita, deves responder apenas por dolo. Mas Labeão opina em contrário, que só se há de observar isto, quando não se tiver tratado o contrário, deve-se de todo modo entregar a vasilha íntegra, e é verdade. Minício refere que Sabino respondeu que ele deve ser responsável também no arrendamento de frascos.”

⁵³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 276.

⁵⁴ Paul. Sent. 2, 17, 6: “*Si ut servum quis pluris venderet, de artificio eius vel de peculio mentitus est, actione ex empto conventus quanto minoris valuisse emptori praestare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere.*”

“Se, para vender mais caro um escravo, mentiu o vendedor sobre seus talentos ou sobre o seu pecúlio, o comprador tem ação *ex empto* para receber de volta o valor pago a maior pelo escravo segundo seu real valor, se não preferir devolver o escravo e recuperar o pagamento”.

D, 19, 1, 13, pr.: “*Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium*

No direito justinianeu surge o princípio de proteção do interesse positivo, isto é, interesse no adimplemento pela prestação do bem sem vícios,⁵⁵ discutindo-se se se trata de interpolação pré-justinianeia ou justinianeia.⁵⁶

Em verdade, o alcance da *actio empti* é igualmente objeto de disputa.

Para A. D'ÓRS o comprador, pela *actio empti*, poderia exigir o abatimento do preço, ou a resolução do contrato, caso provasse que não teria celebrado o negócio se conhecesse o vício, recuperando o preço pago e devolvendo a coisa.⁵⁷ Por outro lado, V. ARANGIO-RUIZ não admitia a resolução do contrato, exceto por consenso entre as partes em um processo.⁵⁸

Toda essa discussão perde significado no desenvolvimento do direito romano, na medida em que as partes inseriam pactos adjetos aos contratos para assegurar a responsabilidade do vendedor (*stipulatio*).⁵⁹

1.1.3. Responsabilidade por promessas específicas

Com o desenvolvimento da economia e da sociedade romana, com o aumento do número de negócios celebrados, com a convalidação da sociedade em centro comercial do mundo antigo, tornou-se comum que as partes, no contrato de compra e venda, celebrassem uma *stipulatio* para prevenir o comprador contra vícios que a coisa pudesse ter (tanto jurídicos, no que tange à evicção, como

aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.”

“Juliano, no livro décimo quinto, conclui que há uma diferença entre a condenação, na ação de compra, daquele que conscientemente vende alguma coisa defeituosa e daquele que a venda ignorando o vício; porque, disse, aquele que vendeu o gado enfermo ou a madeira defeituosa, se verdadeiramente o ignorava, deve ser responsável, na ação de compra, apenas pela diferença a menor que teria recebido, se soubesse o estado da coisa. Mas se sabia e se calou e enganou o comprador, deve responder por todos os prejuízos que o comprador tiver experimentado por aquela compra. Assim, pois, se a casa ruiu pelo vício da madeira ou se pereceram bois pelo contágio do gado enfermo, deverá pagar pelo que não aconteceria se tivesse vendido as coisas sãs.”

⁵⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, pp. 276-277.

⁵⁶ P. JÖRS - W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1949, p. 233.

⁵⁷ A. D'ÓRS, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, pp. 549-550.

⁵⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 361.

⁵⁹ P. JÖRS - W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1949, p. 234; e I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 47.

materiais, no que toca aos vícios redibitórios), bem como para se garantir de que a coisa possuía determinadas qualidades.⁶⁰

Assim, sempre que o comprador quisesse assegurar-se que a coisa estava isenta de determinado defeito, ou que possuía determinadas qualidades, instava o vendedor a celebrar uma *stipulatio* sobre o tema desejado ou mesmo genericamente acerca de todos os defeitos ou qualidades comuns da coisa.

Neste caso, a responsabilidade do vendedor não se dava apenas pela menos-valia do objeto defeituoso, mas por todo o dano gerado pelo objeto defeituoso (e.g. pela morte do gado próprio, contaminado pelo animal adquirido e portador de doença contagiosa), como contido em ULPIANO D, 19, 1, 13, pr.⁶¹

A utilização dessas estipulações é atestada por VARRÃO, que afirma ser muito antiga tal prática em sua obra *De Res Rustica*,⁶² valendo-se o comprador de uma *actio incerti*, normalmente denominada de *actio ex stipulatu*.⁶³

⁶⁰ D, 21, 1, 17, 20: “*Si quis affirmaverit aliquid adesse servo nec adsit, vel abesse et adsit, ut puta si dixerit furem non esse et fur sit, si dixerit artificem esse et non sit: hi enim, quia quod adseveraverunt non praestant, adversus dictum promissumve facere videntur.*”

“Se algum tiver afirmado que um escravo tem alguma qualidade e não a tivesse ou não a tenha e a tinha tido, por exemplo, se tiver dito que não era ladrão e tenha sido ladrão e se tiver dito que era artífice e não fosse, isso, como não se verifica o que asseveraram, se entende que obram contra o dito e o prometido.”

⁶¹ D, 19, 1, 13, pr.: “*Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.*”

“Juliano, no livro décimo quinto, conclui que há uma diferença entre a condenação, na ação de compra, daquele que conscientemente vende alguma coisa defeituosa e daquele que a venda ignorando o vício; porque, disse, aquele que vendeu o gado enfermo ou a madeira defeituosa, se verdadeiramente o ignorava, deve ser responsável, na ação de compra, apenas pela diferença a menor que teria recebido se soubesse o estado da coisa. Mas se sabia e se calou e enganou o comprador, deve responder por todos os prejuízos que o comprador tiver experimentado por aquela compra. Assim, pois, se a casa ruiu pelo vício da madeira ou se pereceram bois pelo contágio do gado enfermo, deverá pagar pelo que não aconteceria se tivesse vendido as coisas sãs.”

⁶² “*...emptor stipulatur prisca formula sic, illasce oues, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ouillum, quod recte sanum est extra luscum surdam minam, id est ventre glabroneque de pecore morbosum esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?...*”

“...o comprador estipula assim, segundo a fórmula antiga: 'Asseguras [melhor seria traduzir o verbo *spondesne* por prometes] que aquelas ovelhas, de que se trata, estão em perfeita saúde assim como está um rebanho de ovelhas em perfeita saúde, exceto a caolha, a surda e a *mina* [sinônimo de *apica*], isto é, a de ventre sem pelo?’” (M. TREVIZAM, *Das coisas do campo*, Campinas, Unicamp, 2012, pp. 142-143).

Conclui-se que nesta fase do direito romano há indicações inegáveis da existência de um regime de garantias por vícios redibitórios, ainda que não se trate de um regime compulsório, legislativo e geral.

O vendedor se obrigava por estipulação facultativa a garantir o comprador contra os vícios da coisa, tendo tal prática tornado-se comum,⁶⁴ como noticiou VARRÃO, cantaram os poetas latinos (como se verá no item relativo ao surgimento do edito) e concluíram os juristas, cujo movimento de evolução social levou ao edito edilício.

1.1.4. Edito edilício

A edilidade era uma das magistraturas menores⁶⁵ da República Romana, reservada à gestão dos mercados, entre outras atividades,⁶⁶ sendo responsável pelo desenvolvimento de vários institutos jurídicos.⁶⁷

Os edis cuidaram do tema objeto da pesquisa no edito *de mancipiis vendundis* e no edito *de iumentis vendundis*, ambos referidos nos fragmentos do Digesto que tratam da matéria.

Nesse passo, tenha-se o D, 21, 2, 31: “*Si ita quis stipulanti spondeat ‘sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse’ et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. Sed ego puto verius hanc stipulationem ‘furem non esse, vispellionem non esse...’*”

“Parece-me, contudo, mais verdadeiro considerar útil esta estipulação (que promete não ser o escravo ladrão, nem violador de túmulos, e ter boa saúde) pois o objeto dela é o interesse do comprador em que o escravo tenha as qualidades e não tenha os defeitos dos quais se trata...” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 44, nota 20).

VARRÃO não atesta a *verborum obligatio* referida na primeira parte do fragmento transcrito, mas segundo V. ARANGIO-RUIZ há inúmeros documentos que a comprovam (*La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, pp. 356-360).

⁶³ I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 43; e A. D’ÓRS, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, p. 551.

⁶⁴ Sobre as estipulações naquele período, Cf. R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 10-16.

⁶⁵ C. A. BÖTTCHER, *História da magistratura - O pretor no direito romano*, São Paulo, LTC, 2011, pp. 31-32.

⁶⁶ R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 27-28.

1.1.4.1. Surgimento do edito

Não se sabe ao certo a data em que os editos dos edis curuis surgiram.⁶⁸

Entretanto, no que toca aos vícios redibitórios, aparentemente há um argumento relevante em favor de afirmar sua existência já na época do dramaturgo PLAUTO (259-251 a.C. - 184 a.C.), que teria escrito seus trabalhos entre 204 a.C. - 184 a.C.⁶⁹, uma vez que menciona em sua obra *Mercator* o seguinte período: “*CHA. Dixit se redhibere, si non placeat*”.⁷⁰ Alude, pois, a um compromisso por parte do vendedor de devolver o escravo caso o comprador dele não goste.

No contexto da obra, a palavra *redhibere* é tomada em seu sentido etimológico de ter de volta (*re-habere*). Semanticamente, conclui-se que a palavra *redhibere* é utilizada indiferentemente em dois significados, isto é, tanto no sentido de restituir, como no sentido de retomar: D, 21, 1, 21, pr. “*Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio.*”, que significa: “Redibir é fazer com que o vendedor tenha novamente o que havia tido, porque isso se fazia devolvendo, por esse motivo a redibição é chamada de quase restituição.”

Além disso, aquele poeta utiliza a mesma palavra em outra obra, *Mostellaria*, referindo-se à compra e à venda de uma casa, o que afastaria a

⁶⁷ Sobre a jurisdição dos edis curuis, cf. G. IMPALLOMENE, *L'Editto degli edili curuli*, Padova, Cedam, 1955, pp. 109-136.

⁶⁸ J. BERNON afirma que a origem se deu para a preservação das *leges sacræ* depositadas no templo de Céres e firmadas após a revolta da plebe. Disse que se tratava de uma magistratura puramente plebeia nos primórdios. No ano de 366 a.C., os edis da plebe se recusaram a dar os jogos, o que levou o senado a nomear dois edis dos patrícios para tal, surgindo duas espécies de edilidade, sendo a primeira eclipsada pela segunda. Acrescenta que nada há de concreto quanto à divisão das funções das duas edilidades. (*Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887, pp. 22-24).

⁶⁹ Sobre o autor, a sociedade em que viveu e sua obra, especialmente quanto ao tema pesquisado, c.f. R. ORTU, “*Aiunt aediles...*” - *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino, G. Giappichelli, 2008, pp. 52-63.

⁷⁰ *Mercator*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952, p. 119.

“*Ca. - Disse que seria devolvida, se não agradasse.*” (D. B. CORREIA, *O mercador de Plauto: estudo e tradução* (dissertação de mestrado), 2008, p. 73).

Referida obra é mencionada por E. HENRIOT, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poètes latins*, t. I, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1865, pp. 517-518 e por R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 21-22.

primeira conclusão, uma vez que o edito não se referia a bens dessa natureza, como se verá adiante, mas ainda assim revela um indício de sua existência no seu tempo, porque a palavra usada “*redhibere*”⁷¹ já existia em sua época e, sobretudo, porque no contexto não reflete seu sentido etimológico anteriormente referido.⁷²

Não bastassem essas referências ao verbo redibir, PLAUTO ainda menciona expressamente uma afronta à ordem dos edis, em sua peça denominada *Captivi*: “*HE. Eugepæ; edictiones ædilicias hicquidem habet, Mirumque adeost ni hunc fecere Aetoli agoranomum.*”⁷³ Retira-se da expressão *edictiones ædilicias* o testemunho do poder dos edis curuis de emitir decretos vinculantes, bem como do contexto da obra sua vigilância sobre os mercados.

Ainda PLAUTO refere-se às ações edilícias em *Menaechmi*: “*apud aediles pro eius factis plurumisque pessumisque dixi causam*” (IV, 2, vv. 22-3).⁷⁴

Além das quatro obras já mencionadas (*Mercator*, *Mostellaria*, *Captivi* e *Menaechmi*), PLAUTO se refere à atividade dos edis, a seu edito e à ação redibitória ainda nas peças *Rvdens*,⁷⁵ *Miles gloriosvs*,⁷⁶ *Persa*,⁷⁷ *Poenvlvs*,⁷⁸ *Stichvs*,⁷⁹ e *Trinvmms*.⁸⁰

⁷¹ “*TH. Haud opinor. Sibi quisque ruri metit. Si male emptæ Forent, nobis istas redhibere haud liceret. Lucri quidquid est, id domum trahere oportet. Misericordias * * * hominem oportet.*” (*Mostellaria*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961, p. 64).

“Teopróprides (*parando por instantes*) Não concordo. No campo, cada um faz a colheita por si. Se tivéssemos feito más compras, não nos seria lícito restituí-las. Tudo o que for lucro, convém trazer para casa. É importante que um homem se abstenha de ter misericórdia.” (R. M. T. PEREIRA, *A comédia do fantasma (Mostellaria)*, Coimbra, Annablume, 2014, p. 92).

⁷² Interpretando-se os textos mencionados, é possível concluir que foi o edito dos edis curuis, ao tempo de PLAUTO, que deu valor jurídico aos *pacta displicentiæ*. O termo *pactum displicentia* não é romano (A. BERGER, *Encyclopedic of roman law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 615).

⁷³ *Captivi*, in *Comédies - tome II: Bacchides - Captivi - Casina*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1933, p. 134.

“Eg. Bravo! Este tem, efetivamente, ações edilícias. É preciso que os Aetoli tenham nomeado o seu inspetor dos mercados.”

Indicado também por E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Turin, Fratelli Bocca, 1890, p. 27.

⁷⁴ Op. cit. mesma página.

⁷⁵ “*TR. Noui, Neptunus ita solet. Quamuis fastidiosus Ædilis est: siquæ inprobae sunt merces, iactat omnis.*” (*Rvdens*, in *Comédies - tome VI: Pseudolvs - Rvdens - Stichvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1972, pp. 137-138).

“Trachalião - Sim, eu sei. É o hábito de Netuno. Não há edil mais severo: quando ele vê mercadorias ruins, ele as rejeita todas.”

Desse modo, poder-se-ia dizer que PLAUTO conheceu o edito edilício sobre vícios redibitórios. Tal afirmação não é contrariada pelo fato de não haver referência explícita na obra do poeta à jurisdição dos edis.⁸¹

Há notícia de um processo, datado do ano de 169 a.C., para obrigar o vendedor a reaver o escravo alienado que apresentou vícios.⁸²

⁷⁶ “PA. *O lepidum caput! ita me di deaque ament, aequom fuit Deos parauisse, uno exemplo ne omnes uitam uiuerent. Sicut merci pretium statuit qui est probus agoranomus: Quae probast (mers pretium ei statuit), pro uirtute ut uenæt, Quae inprobast, pro mercis uitio dominum pretio pauperat; Itidem diuos dispertisse uitam humanam aequom fuit: Qui lepide ingeniatus esset, uitam ei longinquam darent, Qui inprobi essent et scelesti, is adimerent animam cito. Si hoc parauissent, et homines essent minus multi mali Et minus audacter scelesta facerent facta; et postea, Qui homines probi essent, esset is annona uilior.*” (*Miles Gloriosvs*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952, p. 221).

“Palestrão - Um homem encantador! Por todos os deuses e deusas! Quanto melhor teria sido que a providência divina tivesse arranjado as coisas de modo que nem todos levem o mesmo tipo de vida. Como devem proceder os bons inspectores dos mercados ao fixarem os preços? Nas boas mercadorias, eles colocam o preço a que merecem ser vendidas, por sua qualidade, e também as mercadorias ruins, que eles aprovam sua propriedade, na proporção dos defeitos que elas apresentam. O mesmo deveriam fazer os deuses quanto à vida dos mortais: ao homem amável e bom, dar-lhe uma vida longa, e aos maus e canalhas, removê-los imediatamente da vida. Se as coisas fossem organizadas, haveria muito menos pessoas más e menos ainda se atreveriam a cometer seus crimes, sem contar que, para as pessoas honestas, a vida seria bem melhor vivida.”

⁷⁷ “TO. *Abs chorago sumito. Dare debet; praebenda aediles locaverunt.*” (*Persa*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961, p. 111).

“TOX. Pegue com o corego. Ele deve dar: os edis colocaram o dinheiro.”

⁷⁸ “MI. *Non audis? mures Africanos praedicat In pompam ludis dare se uelle aedilibus.*” (*Poenvlvs*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961, p. 230).

“MI. Tu não ouves? Ele fala dos ratos africanos que ele tem a intenção de dar aos Edis para a procissão dos jogos.”

⁷⁹ “GE. *Sine suffragio Populi tamen aedilitatem hicquidem gerit.*” (*Stichvs*, in *Comédies - tome VI: Pseudolvs - Rvdens - Stichvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1972, p. 233).

“Gel. - Mesmo sem o voto popular, ele próprio se incumbiu da função de edil.” (I. T. CARDOSO, *Estico de Plauto*, Campinas, Unicamp, 2006, p. 137 e nota 122, p. 136).

⁸⁰ “SY. *Enim uero: quoniam aduenis... Vapulais meop arbitrato et nouorum aedilium.*” (*Trinvmvvs*, in *Comédies - tome VII: Trinvmvvs - Trvcvlentvs - Vidvlaria - Fragments*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961, p. 75).

“Sicofanta - Pois então agora a sério: uma vez que chegaste ... vais receber os açoites conforme aprouver a mim e aos novos edis.” (R. M. T. PEREIRA, *As três moedas (Trinvmvvs)*, Coimbra, Annablume, 2014, p. 95).

⁸¹ G. IMPALLOMENE, *L'Editto degli edili curuli*, Padova, Cedam, 1955, pp. 90-108. Este autor acredita, aliás, que o edito foi sendo construído ao longo do tempo, se aperfeiçoando aos poucos com acréscimos e modificações (p. 105), o que parece não apenas correto, mas lógico e razoável, dada a multiplicidade de escritos que trataram do tema em épocas diversas e da casuística que a matéria apresenta.

⁸² E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1967, p. 505, nota 2.

Ao tempo de CÍCERO (106 a.C. - 43. a.C.) é incontestável a existência do edito edilício,⁸³ referindo-se também ele, em sua obra, a um imóvel, como anteriormente mencionado, talvez por influência dos acontecimentos de sua época, mas referindo-se à redibição como sancionada pelo *ius civile*,⁸⁴ em oposição ao direito natural, não como integrante dos direitos garantidos pelas ações civis.

Há referências aos vícios redibitórios na obra de FLACO⁸⁵ (65 a.C. - 8 d.C.), relativas à venda de um escravo com o corpo são, mas com a mente doente, sem declarar o estado de alienação mental da coisa.⁸⁶

⁸³ CÍCERO, *De officiis*, 3, XVII-71: “(...) *Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium. Heredum alia causa est.*”

“Não é apenas no caso da transação de um prédio que o direito civil, o qual radica na própria natureza, pode punir a malícia e a fraude, mas ainda poderá também fazer na venda de escravos. Aqui toda a forma de fraude por parte do vendedor não é permitida, estando ele sujeito a por isso responder, conforme o estipula o edito do edil, sendo seu dever estar ciente acerca da saúde dos seus escravos e ainda saber acerca da existência de algum furto ou fuga por eles cometidos. (No caso das heranças, a situação é diferente).” (*Dos deveres (de officiis)*, trad. port. de C. H. Gomes, Lisboa, Edições 70, 2000, p. 141).

⁸⁴ R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 24-25.

⁸⁵ “*uter aedilis fueritve vestrum praetor, is intestabilis et sacer esto*” (HORÁCIO, *Sátiras*, L. II, III, in *Satires, epistles and ars poetica*, trad. ing. de H. R. Fairclough, London, Harvard University, 1929, pp. 166-168).

“O que houver de Pretor, e de Edil, o cargo, Fique intestável e maldito seja” (A. L. SEABRA - A. F. CASTILHO, *Clássicos Jackson, Horácio-Ovídio, Sátiras - Os fastos*, v. IV, São Paulo, W. M. Jackson inc., 1956, p. 69).

⁸⁶ Q. H. FLACO “*...sanus utrisque auribus atque oculis: mentem, nisi litigiosus, exciperet dominus, cum venderet.*” (HORÁCIO, *Sátiras*, L. II, III, in *Satires, epistles and ars poetica*, trad. ing. de H. R. Fairclough, London, Harvard University, 1929, p. 176).

“...o escravo tinha sãs as orelhas e são os olhos, mas como a sua mente, seu dono, se o vendesse, não teria declarado isto, a não ser obrigado em uma ação judicial.”

Todavia, o Digesto é claro em afirmar que os vícios que admitem a redibição são os do corpo e não da mente.

D, 21, 1, 1, 10: “*Idem Vivianus ait, quamvis aliquando quis circa fana bacchatus sit et responsa reddiderit, tamen, si nunc hoc non faciat, nullum vitium esse: neque eo nomine, quod aliquando id fecit, actio est, sicuti si aliquando febrem habuit: ceterum si nihilo minus permaneret in eo vitio, ut circa fana bacchari soleret et quasi demens responsa daret, etiamsi per luxuriam id factum est, vitium tamen esse, sed vitium animi, non corporis, ideoque redhiberi non posse, quoniam aediles de corporalibus vitiis loquuntur: attamen ex empto actionem admittit.*”

“Diz o mesmo Viviano, que ainda que alguma vez tenha alguém enlouquecido perto de lugares sagrados e tiver respondido como tal, sem embargo, se agora não é assim, não há defeito algum; e não há ação pela razão de que isso ocorreu alguma vez, assim como se alguma vez teve febre. Mas, se mesmo assim, permanece com este defeito, que próximo a lugares sagrados costuma-se enlouquecer e responde como demente, embora isso tenha acontecido por luxúria, há sem embargo vício, mas vício do espírito, não do corpo e, por conseguinte, não pode ser objeto da

Poetas que vieram posteriormente, como GÉLIO (125 d.C. - 180 d.C.), também inserem em suas obras referências aos vícios redibitórios com indicativos temporais.⁸⁷ Este último noticia que SÉRVIO, que morreu antes de 43 a.C., em um *responsum*, decidiu que a redibição de um escravo, a quem faltava um dente era possível, cuidando do tema vícios e redibição em sua obra.⁸⁸

APULEIO⁸⁹ (123/5 d.C. - 180 d.C.) trata de um dos vícios redibitórios mais comuns, qual seja, ser o escravo fugitivo. Este vício foi referido na obra de

ação redibitória, porque os edis falam de defeitos corporais, mas admite a ação de compra.”

D, 21, 1, 4, 3: “... *Et videmur hoc iure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere nisi ad corpora: animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit, si minus, non. Et ideo nominatim de errone et fugitivo excipitur: hoc enim animi vitium est, non corporis. Unde quidam iumenta pavida et calcitrosa morborum non esse adnumeranda dixerunt: animi enim, non corporis hoc vitium esse.*”

“...os termos *vícios* e *doenças* empregados pelos edis parecem aplicar-se somente ao corpo. O vendedor só se obriga pelos defeitos do espírito se houver prometido qualquer coisa a respeito; do contrário não assume obrigação alguma. Por isso os edis abriram expressamente exceção para os casos do escravo andarilho e fugitivo: pois estes dois hábitos são defeitos antes do espírito que do corpo.” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 52, nota 27).

⁸⁷ AULUS-GELLIUS, *Noctes atticae*, L. IV, 2, 1: “*In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: “Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitiiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit.”*”

“No édito dos edis curuis, na parte em que se regulou sobre a venda de escravos, escreve-se assim: ‘Que o letreiro de cada escravo haja sido escrito acuradamente, de tal modo que possa ser entendido com correção que é que cada um tenha de doença ou de defeito, quem estaria como fugitivo ou andarilho, ou quem por castigo não teria sido solto’” (J. R. SEABRA FILHO, *Noites áticas*, Londrina, EDUEL, 2010, p. 173).

⁸⁸ AULUS-GELLIUS, *Noctes atticae*, L. IV, 2, 12: “*(...) 2 Propterea quaesierunt iureconsulti veteres, quod ‘mancipium morbosum’ quodve ‘vitiosum’ recte diceretur quantumque ‘morbos’ a ‘vitio’ differret. (...) 12 Eum vero, cui dens deesset, Servius redhiberi posse respondit, Labeo in causa esse redhibendi negavit: ‘nam et magna’ inquit ‘pars dente aliquo carent, neque eo magis plerique homines morborum sunt, et absurdum admodum est dicere non sanos nasci homines, quoniam cum infantibus non simul dentes gignuntur.’*”

“Por isso procuraram os antigos juriconsultos a quem se dissesse corretamente ‘escravo doente’ ou a quem ‘defeituoso’, e quanto diferisse do defeito a doença. (...) Quanto àquele a quem faltasse um dente, Sêrvio respondeu poder ser motivo de redibição; Labeão negou estar aquele em causa de redibição: ‘Pois também homens em grande parte, diz ele, carecem de algum dente, e nem por isso numerosos deles são mais doentes, e é totalmente absurdo dizer não nascerem saudáveis os homens, porque com as crianças não são gerados simultaneamente os dentes.’” (J. R. SEABRA FILHO, *Noites áticas*, Londrina, EDUEL, 2010, pp. 173-174).

⁸⁹ APULEIO, *Metamorphose*, L. VI, 4: “*Tunc etiam legibus quae servos alienos perfugas invitis dominis vetant suscipi prohibeor.*” (*Metamorphoses*, v. I, livro VI, trad. ing. de J. A. Hanson, London, Harvard University, 1989, p. 318).

“De resto, impede-me também a lei que interdita a qualquer um recolher um escravo fugido de outrem, contra a vontade do dono dele.”

FLACO,⁹⁰ para quem não passou despercebido o fato de ter ocorrido uma única fuga.

Em suma, há inúmeras referências literárias aos vícios redibitórios como previstos no edito edilício, tudo indicando que este existia desde o séc. II a.C., pelo menos.

1.1.4.2. Conteúdo quanto aos vícios

A prática constante das estipulações mencionadas anteriormente levou ao princípio geral da responsabilidade pelos vícios redibitórios.⁹¹

Se inicialmente havia irresponsabilidade e, em seguida, responsabilidade por estipulação expressa, ao final do desenvolvimento do direito romano a responsabilidade pelos vícios ocultos decorria do próprio contrato de compra e venda, como um elemento seu, não necessário, tendo em vista que poderia ser excluída a responsabilidade, desde que de modo expresse,⁹² mas, apesar disso, independentemente do conhecimento sobre a existência do vício pelo vendedor,⁹³ cuidando-se de verdadeira responsabilidade objetiva.

Os vícios redibitórios estão tratados no Digesto, em diversos fragmentos,⁹⁴ e o surgimento da ação redibitória deu-se principalmente em razão da venda de escravos viciados,⁹⁵ pela dinâmica própria da economia de então, baseada neste tipo de trabalho.⁹⁶

⁹⁰ E. HENRIOT, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poètes latins*, t. I, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1865, pp. 527-528.

⁹¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 277.

⁹² I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 23.

⁹³ R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, p. 39-41; P. JÖRS - W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1949, p. 235; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 524; A. D'ÓRS, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, p. 550; e J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 47-48, entre outros.

⁹⁴ D, 21, 1, 0: “*De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*”

“Do edito edilício, da ação redibitória e da ação estimatória.”

⁹⁵ D, 21, 1, 1, 1: “*Aiunt aediles: “Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiae cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid*

A casuística do D, 19.1 demonstra a preocupação dos juristas romanos no tratamento do tema, o que leva à indicação de sua inegável importância no mundo antigo, diretamente proporcional à necessidade de existência de escravos.⁹⁷

A necessidade do estabelecimento de regras justas,⁹⁸ para combater as fraudes⁹⁹ e permitir o pleno desenvolvimento da economia, foi reconhecida

autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, invehentem depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus.”

“Aqueles que vendem escravos devem informar o comprador de suas doenças e suas deficiências, declarar se eles são fugitivos, corretores, se não tiveram causado algum dano anteriormente ou se cometeram alguns delitos, devido a que eles ainda possam ser perseguidos por *actio noxal*. Todas estas coisas devem ser claramente declaradas na venda de escravos. Se um escravo for vendido contra esta disposição, ou se violar o que foi dito e prometido a este respeito no momento da venda, razão pela qual deve indenizar o comprador e todas as outras formalidades, vamos dar ação para que o vendedor seja condenado a retomar o seu escravo. Mas se, quando da redibição, o escravo tiver sido vendido e depois desta venda e tradição se deteriorou por culpa do comprador, de seus escravos ou de seu procurador; ou se, depois da venda, o escravo vendido produzir frutos ou adquiriu algo para o comprador, se se trata de uma escrava mulher que deu à luz uma criança, ou, em geral, se advier qualquer acessório da coisa vendida que aumente o seu valor, o comprador será obrigado a considerar tudo do vendedor. Pela mesma razão, se o comprador foi obrigado a pagar qualquer coisa pelo escravo vendido, o vendedor irá considerar isso. Da mesma forma, se o escravo é culpado de um crime punível com uma pena de morte, se ele atentou contra sua vida, se ele foi usado para lutar contra as feras na arena, tudo isso deve ser declarado pelo vendedor, porque todas essas causas permitirão a ação redibitória. A mesma ação será também dada contra todos aqueles que vendiam escravos de má-fé em que conheciam algumas dessas más qualidades.”

Sobre a correta redação do fragmento, cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, pp. 362-363, nota 2.

⁹⁶ O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 55-70; O. N. C. QUEIROZ, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço, Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 53-55; J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 43-45; e principalmente R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 3-8.

⁹⁷ Os romanos discutiram, por exemplo, vício derivado de mutilação, vício que afeta a fala, a visão, um membro, um órgão interno, vícios e doenças femininas, a condição de eunuco etc. (para cada um dos exemplos dados, cf. R. ORTU, “*Aiunt aediles...*” - *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell’editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino, G. Giappichelli, 2008, pp. 166-186).

Outro exemplo que os romanos enfrentaram foi a venda de animais castrados (N. DONADIO, *La tutela del compratore tra acciones aediliae e actio empti*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 79-104).

Também trataram da venda de um escravo ancião como se fosse novo (J. BERNON, *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887, pp. 44-45).

⁹⁸ I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 24.

pelo próprio edito, no qual se lê que “a razão para propor este edito é por fim às falácias dos vendedores¹⁰⁰ e amparar os compradores, quem quer que tenham sido enganados pelos vendedores; mas sabemos que os vendedores, ainda quando ignorem o que os edis tiverem prestado, devem ser responsabilizados. Isto não é injusto, porque o pode saber o vendedor, nem importa para o comprador enganado, se por ignorância ou por astúcia do vendedor”.¹⁰¹

O Digesto conceitua os vícios redibitórios como “o vício ou doença que impede o uso ou serviço do escravo”¹⁰², nas palavras atribuídas a ULPIANO, que acrescenta observação relevante: não se deve ter como viciado ou doente um

⁹⁹ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 523; e I. M. P. VELASCO, *Obrigações decorrentes da compra e venda consensual romana* in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 45 (1988), p. 64.

¹⁰⁰ Para CÍCERO, “atrás de uma tenda nunca ficava um homem honesto” (D. A. MIRANDA JÚNIOR, *Curso de direito comercial*, v. I, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987, p. 10).

A referência foi tirada de C. J. Z. RODRIGUEZ, *Código de Comercio y leys complementarias*, v. 1, Buenos Aires, Depalma, 1971, p. 6 (“En Roma se sancionó la ley Flaminia, según la cual los patricios quedaban excluídos de toda actividad comercial. CICERÓN llegó a afirmar que el sitio de un hombre honesto no podía estar nunca detrás de una tienda”).

¹⁰¹ D, 21, 1, 1, 2. “*Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur Fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.*” Cf. I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 65, nota 43.

“A causa de propor este edito é por fim às falácias dos vendedores e amparar quaisquer compradores que tenham sido enganados pelos vendedores.” (baseada em I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano*, t. 1, Barcelona, Jaime Molinas, 1889, p. 36) “Observamos sempre que o vendedor responde mesmo ignorando a disposição do edito dos edis, e isto não é injusto pois o vendedor tinha meios de conhecê-lo. Com efeito, é indiferente para o comprador conhecer a causa pela qual foi enganado, a saber, ignorância do vendedor ou dolo seu.” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 65, nota 43).

¹⁰² D, 21, 1, 1, 8: “*8. Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediatur, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula aut vetus quartana quae tamen iam sperni potest vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim haec potuerunt. Exempli itaque gratia referamus, qui morborum vitiosique sunt.*”

“Por conseguinte, se houver algum vício ou enfermidade tal que impeça de se obter do escravo qualquer uso ou serviço, dará lugar à redibição, conquanto que tenhamos presente que qualquer coisa bastante leve não permite que se considere enfermo ou defeituoso. Portanto uma ligeira febre, ou uma cicatriz antiga, mesmo que, sem embargo, possa já ter desaparecido, ou uma pequena ferida, não contém em si nenhuma culpa por não se ter declarado, porque estas coisas poderão desaparecer e, por exemplo, expressamos que não se dizem enfermos ou defeituosos.”

escravo, sem razão suficiente,¹⁰³ ou, por outras palavras, algo leve não deve ser considerado vício ou enfermidade.¹⁰⁴

Inicialmente, a ação redibitória atingia apenas as compras e vendas de animais e escravos,¹⁰⁵ mas no período justiniano, a ação redibitória não se limitava àquelas categorias de bens, mas a toda e qualquer mercadoria objeto do contrato de compra e venda, inclusive imóveis,¹⁰⁶ segundo a opinião dominante.¹⁰⁷

Aliás, há diversos exemplos no Digesto de hipóteses de incidência do regime dos vícios redibitórios a coisas outras que não animais ou escravos, como

¹⁰³ D, 21, 1, 4, 6: “*Idem ait non omnem morbum dare locum redhibitioni, ut puta levis lippitudo aut levis dentis auriculaeve dolor aut mediocre ulcus: non denique febriculam quantulamlibet ad causam huius edicti pertinere.*”

“Do mesmo modo se diz que nem toda enfermidade gera a redibição, como, por exemplo, uma ligeira flexão de olhos, ou uma ligeira dor de dente ou de ouvido, ou uma pequena úlcera; e, finalmente, uma pequena febre não está compreendida no teor do edito.”

¹⁰⁴ C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Commentario Alle Pandette*, trad. ital. de S. Perozzi - P. Bonfante, v. XXI, Milano, Società Editrice Libreria, 1898, p. 40; e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 97.

¹⁰⁵ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Firenze, Palumbo, 2006, p. 467; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1984, p. 344; e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, A. Giuffrè, 1990, p. 591.

¹⁰⁶ D, 19, 1, 11, 3: “*Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus.*”

“A cláusula de restituição do preço em caso de vício da coisa vendida considera-se, segundo o pensamento de LABEÃO e de SABINO, que eu aprovo, sempre incluída no contrato de compra e venda.” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 71, nota 47).

D, 21, 1, 1, pr.: “*Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes.*”

“Escreve Labeão, que o Edito dos Edis Curuis sobre as vendas de bens refere-se tanto às coisas que são imóveis como às que são móveis ou semoventes.”

Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, pp. 398-399, para quem a expressão final é interpolada.

¹⁰⁷ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 524; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 277; J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 46; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Firenze, Palumbo, 2006, pp. 467-468; A. D'ÓRS, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, p. 551; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, pp. 394-399 (este com análise de interpolações); e R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 161-169 (também com análise de interpolações).

a venda de um fundo pestilento¹⁰⁸ e quando houvesse servidões não aparentes,¹⁰⁹ inclusive porque se fosse aparente a servidão, não poderia alegar desconhecimento o comprador.

1.1.4.3. Requisitos

O vício, para legitimar a redibição, deveria prejudicar a utilidade da coisa, suprimindo-a ou reduzindo-a,¹¹⁰ sendo casuístico o Digesto no particular.¹¹¹ Não se admitiam vícios do espírito¹¹² como capazes de implicar na incidência do edito.¹¹³

¹⁰⁸ D, 21, 1, 49: *“Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere nequaquam incertum est, veluti si pestilens fundus distractus sit: nam redhibendus erit. Et benignum est dicere vectigalis exactionem futuri temporis post redhibitionem adversus emptorem cessare.”*

“Não é incerto, de modo algum, que se proceda à redibição em se tratando de um fundo vendido, por exemplo, se houver sido vendido um fundo pestilento; porque deverá ser redibido. E é equitativo decidir que depois da redibição cessa contra o comprador a cobrança do tributo pelo tempo futuro.”

¹⁰⁹ D, 21, 1, 61: *“Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.”*

“Sempre que houver uma servidão, o vencido deve responder apenas pelo excedente ao valor pelo qual teria pagado o comprador, se tivesse sabido da servidão.”

J. BERNON afirma que a hipótese não é de vício, mas de evicção parcial (*Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887, pp. 50-51). Discute ainda referido autor sobre a possibilidade de excluir a responsabilidade pela servidão no momento da compra e a razão da exclusão das servidões aparentes (pp. 51-55).

¹¹⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, A. Giuffrè, 1990, p. 591; e V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1984, p. 344. No mesmo sentido as obras citadas na nota anterior.

¹¹¹ D, 21, 1, 1, 10; D, 21, 1, 4, 1; D, 21, 1, 4, 6; D, 21, 1, 10, 3 etc.

¹¹² O escravo ser fugitivo era um vício redibitório expresso no Digesto. Esta hipótese, escravo fugitivo, era, para R. MONIER, uma hipótese de vício do espírito (*La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 36-38). No mesmo sentido, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1984, p. 344.

Cf. sobre a excepcionalidade dos vícios do espírito J. BERNON, *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887, pp. 35-42. O autor cuida do *homo fugitivus*, do vagabundo (D, 21, 1, 17, 14), do *homo noxa non solutus*, do audaz (D, 21, 1, 23, 3; e D, 21, 1, 4, 3).

D, 21, 1, 17, 14: *“Erronem ita definit Labeo Pusillum fugitivum esse, et ex diverso fugitivum magnum erronem esse. Sed proprie erronem sic definimus: qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur et temporibus in res nugatorias consumptis serius domum redit.”*

“Labeão define assim ‘vagabundo’ como um pequeno fugitivo e ao fugitivo, como um grande vagabundo. Mais propriamente definimos vagabundo como aquele que certamente não foge, mas que com frequência anda vagando sem causa, e tendo gastado o tempo com coisas frívolas, volta mais tarde para a casa.”

D, 21, 1, 23, 3: *“Excipitur et ille, qui mortis consciscendae causa quid fecerit. Malus servus creditus est, qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat, ut puta laqueum torsit sive*

Ademais, o vício haveria de ser oculto.¹¹⁴ Caso fosse conhecido do comprador¹¹⁵ não dava ensejo à redibição. Também não franqueava a redibição o vício manifesto,¹¹⁶ como a cegueira, pois o vício capaz de legitimá-la pressupunha a sua ignorância pelo comprador.¹¹⁷

medicamentum pro veneno bibit praecipitemve se ex alto miserit aliudve quid fecerit, quo facto speravit mortem perventuram, tamquam non nihil in alium ausurus, qui hoc adversus se ausus est.”

“Também se excetua aquele que ‘tiver feito alguma coisa para procurar a morte’. Crê-se que é um mau escravo e que faz alguma coisa para deixar mais facilmente de viver, por exemplo, em que apertou um laço ou que bebeu um medicamento por veneno ou que se tenha jogado de uma altura ou que tenha feito qualquer outra coisa com a qual pretendeu alcançar sua morte, como se tivesse atentado contra outro, algo que fez contra si mesmo.”

D, 21, 1, 4, 3: *“Idem Pomponius ait, quamvis non valide sapientem servum venditor praestare debeat, tamen, si ita fatuum vel morionem vendiderit, ut in eo usus nullus sit, videri vitium...”*

“Disse o mesmo Pompônio que, ainda que o vendedor não deva entregar um escravo muito inteligente, sem embargo, se houver vendido um de tal modo arrogante ou néscio, que nenhum uso se possa dar a ele, se considera que haja vício...”

¹¹³ D, 21, 1, 1, 9: *“Apud Vivianum quaeritur, si servus inter fanaticos non semper caput iactaret et aliqua profatus esset, an nihilo minus sanus videretur. Et ait Vivianus nihilo minus hunc sanum esse: neque enim nos, inquit, minus animi vitiis aliquos sanos esse intellegere debere: alioquin, inquit, futurum, ut in infinito hac ratione multos sanos esse negaremus ut puta levem superstitiosum iracundum contumacem et si qua similia sunt animi vitia: magis enim de corporis sanitate, quam de animi vitiis promitti. Interdum tamen, inquit, vitium corporale usque ad animum pervenire et eum vitiare: veluti contingeret φρενητιχω [furioso], quia id ei ex febris acciderit. Quid ergo est? Si quid sit animi vitium tale, ut id a venditore excipi oporteret neque id venditor cum sciret pronuntiasset, ex empto eum teneri.”*

“Segundo Viviano, se um escravo, que está entre os fanáticos, não perder sempre a cabeça, e houver profetizado algumas coisas, se o considerará, não obstante, são; e disse Viviano que sem embargo estão são; porque disse que nós não devemos entender que alguns estão menos são por defeitos do espírito; de outra maneira, disse, sucederia que por esta razão negaria, no futuro e ao infinito, que muitos estão são, por exemplo, o frívolo, o iracundo, o contumaz e os que têm outros defeitos semelhantes do espírito, porque melhor se refere à sanidade do corpo, que a respeito aos defeitos de ânimo. Mas, às vezes, o defeito corporal chega ao espírito e o vicia, como acontece no louco, porque aquele proveio das febres. Logo que se dirá se o defeito do espírito fora tal que deva ser exceptuado pelo vendedor e sabendo dele o vendedor não o houver manifestado? Fica obrigado pela ação de venda.”

Cf. ainda D, 21, 1, 2; D, 21, 1, 3; D, 21, 1, 4; D, 21, 1, 4, pr. etc.

¹¹⁴ R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 39-41; A. D’ORS, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, pp. 549-550.

¹¹⁵ D, 21, 1, 1, 6: *“Si intellegatur vitium morbusve mancipii (ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia), potest dici edictum cessare: hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiatur.”*

“Se conhecia o vício ou a doença, como algumas vezes se manifesta a doença por alguns sinais, pode-se dizer que não tem aplicação o edito, porque apenas incide no caso em que seja enganado o comprador.”

¹¹⁶ A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano II (direito das obrigações)*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 58.

¹¹⁷ D, 21, 1, 14, 10: *“Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere (ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam*

Quando os vícios fossem ostensivos, mas sua percepção dependia de conhecimentos especiais, ainda assim haveria responsabilidade do vendedor por eles. Sua responsabilidade só era afastada cuidando-se de ignorância grosseira.¹¹⁸

Nos termos do regime jurídico romano contido no Digesto, os vícios que autorizavam a redibição deveriam ser anteriores ao contrato.¹¹⁹ Além disso, o vendedor responderia pelos vícios ocultos, mesmo que não tivesse conhecimento deles e estivesse de boa-fé. Cuida-se de uma verdadeira objetivação da responsabilidade por vícios ocultos.

No direito justiniano não era necessária qualquer estipulação para a responsabilização do vendedor.¹²⁰

1.1.4.4. Tutela do comprador

A ação redibitória resolvia¹²¹ a compra e venda e obrigava o vendedor a restituir o que recebeu com juros, retomando a coisa alienada e viciosa, como se não tivesse existido o contrato. Caso o vendedor se recusasse a devolver o

habebat vel in capite vel in alia parte corporis), eius nomine non teneri Caecilius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit."

"Se o vendedor não declarou expressamente certa doença, cuja natureza, entretanto, era evidente (se, por exemplo, vendeu escravo cego ou com uma cicatriz visível e perigosa na cabeça ou outra parte do corpo), Cecílio não considera o vendedor sujeito à ação redibitória, assim como não estaria se tivesse revelado expressamente o mal; pois o edito dos edis deve ser considerado aplicável aos defeitos e doenças que o comprador ignorava ou podia ignorar." (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 54, nota 28).

¹¹⁸ D, 18, 1, 15, 1: "*Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit.*"

"Aproveita ao comprador a ignorância, que não recaia sobre o homem indolente."

¹¹⁹ C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Commentario Alle Pandette*, trad. ital. de S. Perozzi - P. Bonfante, v. XXI, Milano, Società Editrice Libreria, 1898, pp. 46-47.

D, 21, 1, 54: "*Actioni redhibitoriae non est locus, si mancipium bonis condicionibus emptum fugerit, quod ante non fugerat.*"

"A ação redibitória não tem cabimento se o escravo comprado em boas condições tiver fugido, se antes ele nunca tivesse fugido."

¹²⁰ R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 186-189; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 524; I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 58, 72-73; e E. VOLTERRA, *Instituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1967, p. 506; entre outros.

¹²¹ S. S. VENOSA, *Evicção e vícios redibitórios no direito romano*, in *Revista da faculdade de direito das FMU de São Paulo* 4 (1990), pp. 135-136.

dinheiro e retomar a coisa antes ou no curso da ação redibitória, seria condenado a pagar o valor recebido em dobro, além dos juros.¹²²

Referida consequência tinha natureza de pena e pretendia reprimir o ato contrário ao direito.¹²³

A ação *quanti minoris*, por sua vez, permitia ao prejudicado manter o contrato, com a diminuição proporcional do preço pago,¹²⁴ em atenção ao vício que a coisa contivesse.

Esta última ação não surgiu com a ação redibitória, mas decorreu de sua natural evolução, na época clássica.¹²⁵ A ação estimatória é inovação pretoriana¹²⁶ e pressupunha a existência da ação redibitória, cuidando-se de verdadeira variação desta.¹²⁷

Note-se que não havia previsão de correção do objeto.¹²⁸

¹²² A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano II (direito das obrigações)*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 59.

¹²³ Esta consequência não existia mais no período justiniano, quando o adquirente poderia receber o preço de volta e reclamar eventuais danos sofridos pelo negócio desfeito (R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, p. 204. Inclusive em relação a interesses positivos (lucros cessantes) (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 72).

¹²⁴ E. VOLTERRA, *Instituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1967, pp. 505-506; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano II (direito das obrigações)*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 59; entre outros.

¹²⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, pp. 276-277.

¹²⁶ R. MONIER afirma ser bizantina a ação *quanti minoris* (*La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 170-185).

¹²⁷ F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischenactioquantiminoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 69 (1952), pp. 234-301. Para R. MONIER a ação estimatória é bizantina (*La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 170-185).

¹²⁸ Não se deve olvidar que o descumprimento da prestação a converteria em pecúnia. Tal conversão advém do período formulário, em que uma das partes da *actio* era a condenação, o que talvez ajude a explicar a não previsão da substituição da coisa: “48. A condenação, em tôdas as fórmulas que contêm, é concebida sob forma de avaliação em dinheiro. Assim, se pedirmos qualquer coisa corpórea, como um fundo, um escravo, uma roupa, ouro, prata, o juiz não condena o réu à prestação da própria coisa, objeto do litígio, como era costume fazer-se antigamente, mas o condena ao equivalente em dinheiro, depois de avaliada a coisa.” (A. CORREIA - G. SCIASCIA, *Manual de direito romano. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1951, p. 243). Pior a tradução de J. A. S. CAMPOS, *Instituições de direito privado romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 428-433. A regra manteve-se no período justiniano (I. 4.6.32). Esta talvez seja uma das razões que impediram a incorporação das hipóteses de substituição do direito grego clássico, o que não se pode afirmar; demandando a resposta estudo mais aprofundado e específico que foge aos limites desta pesquisa. O cumprimento específico no período justiniano aplicava-se apenas às obrigações de dar coisa certa (R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, New York, Oxford University, 1996, pp. 772-773).

2. CONCEITO

Quem se obriga a prestar um objeto deverá entregá-lo exatamente como desejado pelas partes, isto é, sem vícios ou defeitos, sendo este o fim do negócio jurídico.¹²⁹ A obrigação nada mais é que um meio posto à disposição das partes para alcançarem determinado fim¹³⁰ e a prestação deve ser cumprida de modo que satisfaça,¹³¹ devendo ser oferecida a própria coisa, ou melhor, a prestação devida.¹³²

O vício redibitório diz respeito ao objeto de uma prestação e não à prestação em si.

Vício redibitório é o vício oculto que atinge a coisa objeto de um negócio comutativo e, para ter relevância, deve tornar a coisa imprópria ao uso a que é destinada ou diminuir-lhe o valor sensivelmente, de modo que o credor não teria celebrado o negócio tal como foi realizado se do vício conhecesse.¹³³

A conceituação do vício redibitório é unânime¹³⁴ na doutrina,¹³⁵ ainda que cada um dos conceitos propostos pelos doutrinadores contenha elementos mais ou menos explicativos dos requisitos para a sua existência.

¹²⁹ H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contract, engagements unilatéraux, legs)*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1927, p. 17.

¹³⁰ S. SCHLOSSMANN, *Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge*, Breslau, [s.e.], 1868, p. 39: “Der Zweck ist seiner Natur nach nicht etwas von dem in einem Rechtsgeschäfte zum Ausdruck kommenden Willen Gesondertes, sonder er ist vielmehr ein integrirendes, ja er ist vom Standpunkte des Wollenden das wesentlichste Element desselben. Ich gebe, oder ich verpflichte mich, um meinen Zwecke zu erreichen, ich würde nicht geben, ich würde mich nicht verpflichten, wenn ich nicht davon die Erreichung meines Zweckes erwartete. Das Geben, die übernommene Verpflichtung ist an sich ohne Interesse für mich; sie interessiren mich nur um ihres erwarteten Erfolges willen, sie sind für mich nicht Zweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Das Mittel ist dem Zweck subordinirt. Zweck und Mittel, beide sind von mir gewollt, aber das letztere nur, sofern es zur Realisirung des ersteren hinführt; sofern es dies nicht thut, ist es von mir nicht gewollt.”

¹³¹ “o devedor não só está obrigado a prestar, mas sim a prestar de tal maneira que satisfaça.” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 246).

¹³² A. ALVIM, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955, p. 81. “...o cumprimento tem de ajustar-se inteiramente à prestação devida, de que ao solvens cabe efetuar-la ponto por ponto, mas em todos os sentidos e não apenas no aspecto temporal”. (M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 995); e R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991, pp. 90-92.

¹³³ CC: “Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.”

¹³⁴ S. S. VENOSA afirma que “a doutrina moderna não é unânime em conceituar os vícios redibitórios” (*Evicção e vícios redibitórios no direito romano*, in *Revista da faculdade de direito das FMU de São Paulo* 4 (1990), p. 141), mas não indica onde estaria a divergência e silencia sobre

O problema que o conceito não resolve é saber o que é vício ou defeito, o que será feito no próximo item.

2.1. Vício e defeito

Sendo utilizadas duas palavras com conteúdo semântico próximo, é preciso investigar se se confundem, isto é, se são sinônimas ou se diferem, ou seja, se se complementam.

Nas origens do instituto os romanos distinguiram, acerca dos escravos, *vitium e morbus*.

sua própria alegação em sua obra maior (*Direito civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, pp. 579-582).

¹³⁵ A. V. AZEVEDO, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: Curso de direito civil*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 96; G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teorico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], p. 435; C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1930, pp. 274-275; W. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 192; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 91; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, pp. 374-375; M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, t. II, 6ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886, p. 636; A. COLIN - H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, 10ª ed., Paris, Dalloz, 1953, pp. 613-614; M. H. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, v. 3, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 139-140; W. M. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. 10, São Paulo, Saraiva, 1963, pp. 133-134; J. S. FUJITA, *Obrigações e contratos empresariais no novo código civil: Os vícios redibitórios*, in L. A. BARROSO (org.), *Introdução crítica ao Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 154-155; L. CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1950, pp. 441-442; e, do mesmo autor, *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, v. VIII, Coimbra, Coimbra, 1934, pp. 558-559; P. GRECO, *La compravendita e altri contratti*, 2ª ed., Milano, Universitaire Malfase, 1952, pp. 87-88; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. II, p. 1, 13ª ed., München, Beck, 1986, pp. 36-37; O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 269-274; F. MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, 16ª ed., atual. O. B. CORRÊA-LIMA, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 155; F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Eugenio Jovene, 1959, pp. 7; W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 64; U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, v. II, Torino, Fratelli Bocca, 1920, pp. 268-269; H. PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, t. 4, Bruxelles, Émile Bruylant, 1951, pp. 195-196; M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, 2ª ed., Paris, Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, 1956, 134-135; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 149; O. N. C. QUEIROZ, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço, Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 50-55; e, da mesma autora, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço - Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11.9.90)* in N. NERY JÚNIOR - R. M. A. NERY (orgs.), *Doutrinas essenciais: Responsabilidade civil*, v. IV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 861-862; A. RIZZARDO, *Contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 167; M. M. SERPA LOPES, *Curso de direito civil - Dos contratos em geral*, v. III, p. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, pp. 149-150; J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 57-58.

A. GÉLIO noticia que, segundo os juriconsultos que cita em sua obra, o *morbis* seria um estado particular do corpo humano contrário a sua natureza, mas de caráter permanente, enquanto o *vitium* teria um conteúdo mais genérico, porque todo escravo portador de *morbis* seria *vitiosus*.¹³⁶

Prosseguindo-se a análise do texto do poeta latino, ele afirma que, no início do império, estabeleceu-se que *morbis* e *vitium* são diversos. O primeiro é temporário e o segundo é perpétuo.¹³⁷

Ainda assim, não há conclusão satisfatória, uma vez que se opõe a ambos (*morbis* e *vitium*), nas estipulações, a palavra *sanus*.

A questão não é pacífica, parecendo a melhor solução aquela contida no D, 21, 1, 1, 7¹³⁸ atribuída a ULPIANO, que tenta fugir à diferenciação, afirmando

¹³⁶ AULUS-GELLIUS, *Noctes atticae*, L. IV, 2-5: “*Il Morbis et vitium quid differat; et quam vim habeant vocabula ista in edicto aedilium; et an eunuchus et steriles mulieres redhiberi possint; diversaeque super ea re sententiae. (...) 2 Propterea quaesierunt iureconsulti veteres, quod ‘mancipium morbosum’ quodve ‘vitiosum’ recte diceretur quantumque ‘morbis’ a ‘vitio’ differret. 3 Caelius Sabinus in libro, quem de edicto aedilium curulium composuit, Labeonem refert, quid esset ‘morbis’, hisce verbis definisse: ‘Morbis est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit deteriore’. 4 Sed ‘morbis’ alias in toto corpore accidere dicit, alias in parte corporis. Totius corporis ‘morbis’ esse, veluti sit pthisis aut febris, partis autem, veluti sit caecitas aut pedis debilitas. 5 ‘Balbus autem’ inquit ‘et atypus vitiosi magis quam morborum sunt, et equus mordax aut calcitro vitiosus, non morbosus est. Sed cui morbis est, idem etiam vitiosus est. Neque id tamen contra fit; potest enim qui vitiosus est non morbosus esse. Quamobrem, cum de homine morbo agatur, aequae’ inquit ‘ita dicetur: ‘quanto ob id vitium minoris erit.’ (...)*”

“*Morbis* (doença) e *vitium* (defeito) em que difiram, e qual valor tenham esses vocábulos no édito dos edis; e se acaso o eunuco e as mulheres estéreis possam ser objeto de redibição; e, sobre essa questão, diversas opiniões. (...) Por isso, procuram os antigos juriconsultos a quem se dissesse corretamente ‘escravo doente’ ou a quem ‘defeituoso’, e quanto diferisse do defeito a doença. Célio Sabino, no livro que compôs *Sobre o édito dos edis curuis*, relata Labeão ter definido com estas palavras o que fosse *morbis*: (...) (a doença é de cada corpo, contra a natureza, um estado que lhe torna pior o uso). Mas ele diz uma doença por vezes recair sobre o corpo todo, por vezes em parte do corpo; uma doença do corpo todo ser, como, por exemplo, a tísica ou a febre, e em parte, assim como seria a cegueira ou a debilidade de um pé. O gago porém, diz ele, e o desarticulado são defeituosos mais que doentes, e o cavalo que morde ou dá coice é defeituoso, não doente. Mas igualmente também é defeituoso aquele que tem doença. E isso não acontece todavia ao contrário; pois pode não ser doente aquele que é vicioso. Eis porque, quando se tratar de homem doente, justamente, diz ele, assim se dirá: () (quanto, por causa desse defeito, custará menos?)” (J. R. SEABRA FILHO, *Noites áticas*, Londrina, EDUEL, 2010, p. 173).

¹³⁷ AULUS-GELLIUS, *Noctes atticae*, L. IV, 2, 13: “*Non praetereundum est id quoque in libris veterum iurisperitorum scriptum esse ‘morbis’ et ‘vitium’ distare, quod ‘vitium’ perpetuum, ‘morbis’ cum accessu decessuque sit. 14 Sed hoc si ita est, neque caecus neque eunuchus morbosus est contra Labeonis, quam supra dixi, sententiam.*”

“Não se deve preterir isto também nos livros dos antigos jurisperitos ter sido escrito: *morbis* (doença) e *vitium* (defeito) diferirem em relação a que o defeito seria perpétuo, a doença seria com início e fim. Mas se isso é assim, nem o cego nem o eunuco é doente, contrariamente à opinião de Labeão, a qual mais acima mencionei.” (J. R. SEABRA FILHO, *Noites áticas*, Londrina, EDUEL, 2010, p. 174).

¹³⁸ D, 21, 1, 1, 7: “*Sed sciendum est morbis apud Sabinum sic definitum esse habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id facit deteriore, cuius causa natura nobis*

que opina que os edis, para afastar qualquer dúvida, disseram duas vezes a mesma coisa.¹³⁹

No estágio atual, a lei posta contém ambas as palavras, vício e defeito.

Segundo o vernáculo, são sinônimos.¹⁴⁰ Defeito é o vício, a imperfeição, a falta, a deformidade, o que há de mau em algo, em relação ao fim a que se destina, a falta de qualidade necessária ou a presença de algo que altera sua essência,¹⁴¹ assim como o vício é a falta ou o defeito físico ou moral.¹⁴² Note-se que não há vício quando a coisa torna-se imprópria por sua evolução natural e inevitável, ainda que seja possível retardar o processo, como no caso dos gêneros alimentícios.¹⁴³

eius corporis sanitatem dedit: id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere (namque totius corporis morbus est puta fvisis febris, partis veluti caecitas, licet homo itaque natus sit): vitiumque a morbo multum differre, ut puta si quis balbus sit, nam hunc vitiosum magis esse quam morbosum. Ego puto aediles tollendae dubitationis gratia bis kata tou autou idem dixisse, ne qua dubitatio superesset.”

“Mas é preciso saber que a doença é definida por Sabino como a conformação de um corpo contrária ao natural, e tornando-o menos apto para a atividade em razão da qual a natureza nos deu a saúde do corpo.” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 25, nota 13). “Mas isso pode acontecer algumas vezes em todo o corpo, outras em parte dele - porque é doença de todo o corpo, por exemplo, a tísica, a febre e de uma parte dele a cegueira, embora o escravo tenha nascido assim, e o vício difere muito da doença, como se alguém fosse gago, porque este é defeituoso, mas não está doente. Eu opino que os edis, para evitar dúvidas, disseram duas vezes a mesma coisa, para que não sobre dúvidas.”

Cf. V. ARANGIO-RUIZ considera interpolado o primeiro período (*La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 364).

¹³⁹ I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, pp. 24-26.

¹⁴⁰ Sobre defeito: C. AULETE, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, v. II, Rio de Janeiro, Delta, 1958, p. 1420; e sobre vício: C. AULETE, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, v. V, Rio de Janeiro, Delta, 1958, p. 5288. Há dezenas de palavras no vernáculo para designar vício e ou defeito (achaque, moléstia, falta etc.), algumas de modo genérico (e.g. imperfeição) e outras relativas a situações específicas (v.g. manqueira, perversão etc.). Cf. F. F. S. AZEVEDO, *Dicionário analógico da língua portuguesa - ideias afins/thesaurus*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lexikon, 2010, pp. 23-24; 95-96; 209-210; 290-291; 292; 305; 403 e 463-465.

¹⁴¹ Frei D. VIEIRA, *Grande dictionario portuguez ou thesouro da lingua portugueza*, Porto, Ernesto Chardron e Bartholomeu H. de Moraes, v. II, 1872, pp. 731-732.

¹⁴² Frei D. VIEIRA, *Grande dictionario portuguez ou thesouro da lingua portugueza*, Porto, Ernesto Chardron e Bartholomeu H. de Moraes, v. V, 1874, pp. 938.

¹⁴³ Não há garantia nesses casos, por inexistência de defeito. A evolução natural dos produtos biológicos não implica em vício ou defeito. Cf. P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 191; e L. N. B. T. NUNES, *Dos efeitos dos vícios redibitórios à luz do Código Civil brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor*, in *Revista do instituto de pesquisas e estudos - Divisão jurídica* 29 (2000), p. 72.

Pressupondo que a lei não contenha palavras inúteis,¹⁴⁴ seria preciso distinguir vício e defeito.

Fá-lo L. CUNHA GONÇALVES, para quem vício é uma alteração que atinge o estado ou o modo de existir da coisa, tornando-a anormal em comparação com outras do mesmo gênero. Defeito é a falta de um elemento da coisa que impede sua existência normal.¹⁴⁵

A distinção parece inútil no direito civil brasileiro, como pareceu a ULPIANO, em relação ao direito romano. Em verdade, ambas as palavras se completam para transmitir uma única ideia, devendo ser tratadas como sinônimas.¹⁴⁶ A finalidade da lei atual é a mesma da lei de outrora, não deixar dúvidas sobre a incidência do regime jurídico dos vícios ou dos defeitos ocultos.

2.2. Teorias sobre a essência do vício

Antes de examinar-se os requisitos e as teorias acerca da natureza jurídica dos vícios redibitórios, ainda nesta fase de fixação de um conceito, importa realizar uma distinção a respeito dos vícios ou dos defeitos, qual seja, identificar quando uma coisa é viciada ou defeituosa.

Por exemplo, quando alguém compra uma prateleira para nela colocar livros, acomodando nela volumes raros de uma coleção, cujo peso é elevado e a estante não suporta o peso dos tomos reunidos, implodindo com o passar do tempo, há vício redibitório?

¹⁴⁴ C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 204; F. P. BAPTISTA, *Compendio de hermenêutica jurídica*, 3ª ed., Pernambuco, [s.e.], 1872, p. 16, nota 4; M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, t. I, 6ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886, p. 25; e M. B. CARNEIRO, *Direito civil de Portugal*, t. I, Lisboa, Maria da Madre de Deus, 1858, p. 48.

¹⁴⁵ L. CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1950, pp. 448-449. No mesmo sentido: J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 58, afirmando que a distinção é meramente teórica e que vício é alteração em um elemento da coisa e o defeito é a falta de um elemento dela.

¹⁴⁶ Nesse sentido: S. RODRIGUES, *Curso de Direito Civil - Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 100; e W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 66, p. 64.

Para responder a essa questão, duas teorias surgiram:¹⁴⁷ a) a teoria do conceito objetivo do vício, criada por F. HAYMANN;¹⁴⁸ e b) a teoria do conceito subjetivo do vício.

2.2.1. Teoria objetiva

Segundo a primeira teoria, a coisa é viciada quando lhe falta uma, alguma ou todas as qualidades que o gênero do qual pertence a coisa possui, segundo o tráfico em geral, segundo o senso comum (e.g. é viciada a caneta que não escreve; o livro no qual falta uma página,¹⁴⁹ o carro que não acelera acima de determinada velocidade etc.).¹⁵⁰

No exemplo do livro acima referido, a estante não seria viciada, pois possui todas as qualidades de seu gênero, sendo insuficiente, para afirmá-la defeituosa, o fato de não ter sido apta ao uso que lhe deu o comprador. Defeituosa seria prateleira que não fosse possível de instalar, que não ficasse paralela ao chão, que entortasse ou empenasse com o uso ordinário etc., o que geraria perda de utilidade ou mesmo inutilidade da coisa.

A teoria objetiva do vício, também chamada de abstrata, não satisfaz as exigências do tráfico, uma vez que as coisas circulam com finalidades específicas, em regra.

À luz dessa necessidade específica a ser dada à coisa, a teoria objetiva servirá de modo subsidiário à teoria subjetiva, incidindo no negócio sempre que os envolvidos nada disserem sobre um determinado destino a ser dado à coisa; hipótese em que se observará sua finalidade segundo o gênero a que pertence (e.g. uma caneta é destinada à escrita, deixando de escrever por

¹⁴⁷ Discutindo a distinção das teorias e indicando vasta bibliografia sobre o tema, P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 163-167.

¹⁴⁸ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. II, p. 1, 13ª ed., München, Beck, 1986, pp. 37-39; e F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 148-149, ambos citando F. HAYMANN, *Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, Vortrag, gehalten am 24. Februar 1913 in der juristischen Gesellschaft in Frankfurt a. M.*, Berlin, Franz Vahlen, 1913.

¹⁴⁹ Este exemplo está contido inclusive em J. H. CORREA TELLES (*Doutrina das acções accomodada ao foro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, Garnier, 1880, p. 289, nota 674.

¹⁵⁰ Note-se que é dever do vendedor assegurar as qualidades da coisa. O. L. RODRIGUES JÚNIOR, *A Compra e venda mercantil*, in M. CARVALHOSA (org.), *Tratado de Direito Empresarial*, v. IV, São Paulo, Revista do Tribunais, 2016, p. 119.

ressecamento precoce da carga, estará viciada inegavelmente; mas a caneta destinada a assinar os Acordos de *Bretton Woods* e adquirida exatamente por isso, não estará viciada se não mais escrever passados tantos anos de sua utilização).

Assim, a teoria objetiva deve ter aplicação subsidiária à teoria subjetiva, muito mais útil à solução dos problemas práticos que a matéria encerra, como se verá.

2.2.2. Teoria subjetiva

O comprador adquiriu a prateleira para o fim de “colocar livros” e não apenas uma prateleira qualquer, de modo que a responsabilidade do devedor deve ser considerada segundo a finalidade especial dada à coisa pelo comprador.¹⁵¹ Acaso nada tivesse sido dito, o vendedor só se responsabilizaria pelas qualidades normais da coisa vendida, segundo o seu gênero; mas alienada com a finalidade especial, esta deve ser atingida, sob pena de estar viciada a coisa, isto é, “imprópria ao uso a que é destinada” (art. 441, *caput*, CC) - a própria lei brasileira qualifica o adjetivo “imprópria” não genericamente, mas condicionado “ao uso a que é destinada” a coisa.

Essa é a teoria subjetiva ou concreta do vício,¹⁵² segundo a qual, além das qualidades naturais e indissociáveis do gênero no qual a coisa está inserida, deve ainda possuir as virtualidades necessárias ao atingimento da finalidade especial dada pelo comprador e evidentemente declarada ao vendedor. Aliás, é comum no tráfico, quando o comprador aproxima-se do vendedor, indagá-lo sobre as qualidades da coisa, afirmando desde logo a finalidade para a qual destinará a coisa pela qual está interessado (v.g. um grande empreiteiro compra um terreno para nele construir um prédio, se a construção não for possível materialmente por impropriedades do solo, a coisa estará viciada para a finalidade contratual; o mesmo diga-se sobre a aquisição de grãos para consumo

¹⁵¹ G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teorico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], pp. 437-438.

¹⁵² W. FLUME, *Eigenschaftsirrthum und Kauf*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, pp. 110-128.

ou plantação, no primeiro caso os grãos não precisam germinar, no segundo sim¹⁵³).

Não se pode perder de vista que as partes podem nada dispor sobre a finalidade da coisa. Neste caso, não sendo possível desvendar a intenção especial das partes, prevalecerá o critério objetivo, uma vez que se presume que a coisa adquirida o foi para sua destinação ontológica, segundo a natureza do gênero a que a coisa pertence.¹⁵⁴ Esta foi, por exemplo, a solução expressamente dada pelo CC Port.¹⁵⁵

2.3. Vício de quantidade e vício de qualidade

A questão que se coloca é saber se o vício de quantidade é também um vício redibitório e se é um tipo de vício de qualidade.

O art. 1.616,¹⁵⁶ *Code Civil*, dispõe que é obrigação do vendedor entregar a coisa na quantidade combinada, assim como o art. 500,¹⁵⁷ CC, dispõe que o vendedor deve entregar a metragem combinada de um imóvel, quando vendido *ad mensuram*.

Havendo declaração expressa entre as partes sobre a quantidade negociada, a sua falta configuraria inadimplemento (adimplemento defeituoso) ou vício redibitório?

Poder-se-ia afirmar que a falta de quantidade é um vício de qualidade,¹⁵⁸ tendo em vista que semanticamente a coisa que não possui a

¹⁵³ Sobre o tema, cf. G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teórico-prático di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], pp. 454-455.

¹⁵⁴ O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, p. 287.

¹⁵⁵ “Artigo 913º (...) 1. Se a coisa vendida sofrer de vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim, observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes. 2. Quando do contrato não resulte o fim a que a coisa vendida se destina, atender-se-á à função normal das coisas da mesma categoria.”

¹⁵⁶ *Code Civil*. “Art. 1.616. Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées.”

¹⁵⁷ CC: “Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.”

¹⁵⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro,

quantidade assegurada ou normalmente negociada não tem a qualidade que dela se espera, tendo seu valor diminuído ou sendo menos útil ou mesmo inútil ao fim a que se destina.

Esta parece ser a posição correta,¹⁵⁹ embora muitos autores defendam que vício de quantidade não representa hipótese de vício redibitório.¹⁶⁰

Antes de abordar outras hipóteses, que são inúmeras, foque-se na compra e venda de imóveis *ad mensuram*. Nela, é preciso refletir se a falta da área total é vício redibitório ou não.¹⁶¹

Para o Superior Tribunal de Justiça¹⁶² e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,¹⁶³ a hipótese não é de vício redibitório, mas de inadimplemento.

Borsoi, 1962, pp. 150-151, baseado em W. FLUME, P. J. S. GUIMARÃES critica a posição pontiana (*Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 169), afirmando que não via “razão na distinção trazida por PONTES DE MIRANDA entre vício de quantidade e de qualidade, dando ao primeiro a qualificação de inadimplemento ruim e ao segundo de vício redibitório.” Contudo, não é essa a conclusão pontiana, que se filia a W. FLUME, asseverando expressamente que “vícios do objeto ou são defeitos de qualidade, ou vícios que atinjam quantidade, mesmo porque a dimensão, ou tamanho, ou peso do objeto, chamado vício ou defeito de quantidade, é vício de qualidade” (op. cit. p. 150). O que o tratadista afirma na p. 151, mencionada na indevida crítica, não é o pensamento preciso do autor, que sustenta apenas que “tratando-se de bens genéricos, de coisas incertas, como se diz no Código Civil, a falta da entrega quanto ao todo não é vício do objeto. O outorgante, devedor, pode, depois, entregar o resto e, se houve mora, purgá-la,” (p. 151). Assim, distingue o objeto genérico do objeto específico, vendo naquele a possibilidade de correção da prestação, assim como fez K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. II, p. 1, 13ª ed., München, Beck, 1986, pp. 41-21. Cf. ainda W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, pp. 121-124.

¹⁵⁹ Nesse sentido, C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1930, p. 313; e P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 168-170.

¹⁶⁰ W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 67, entre outros.

¹⁶¹ Embora a lei brasileira refira-se à venda *ad mensuram* em relação a imóveis apenas, referida modalidade de venda é possível, plenamente, quanto a móveis, v.g. a venda de vinho por medida, ou toneis, ou almudes etc. Sobre o tema M. A. SOUSA (*Dissertação VII - Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos - Exposições especial da Ord., L. 4, T. 8, §§ 5 e 6 e de outras mais*, in *Fascículo de dissertações jurídico-práticas*, t. I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, pp. 341-353).

¹⁶² STJ: AgRg no REsp 407.985/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 316; REsp 83.751/SP, Rel. Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, julgado em 19/06/1997, DJ 25/08/1997, p. 39376; REsp 22.711/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Quarta Turma, julgado em 09/05/1995, DJ 19/06/1995, p. 18706; e REsp 36.788/SP, Rel. Ministro PAULO COSTA LEITE, Terceira Turma, julgado em 13/09/1993, DJ 25/10/1993, p. 22490. Estes quatro Recursos Especiais são os únicos que aparecem na pesquisa no sítio eletrônico da Corte, com as referências vícios redibitórios, qualidade e quantidade combinadas, e, em todos os quatro, a discussão refere-se não ao conceito dos vícios redibitórios, mas ao prazo prescricional incidente na hipótese de não se considerar vício a falta de quantidade. O Voto do Ministro PAULO COSTA LEITE inclusive faz distinção entre a ação

A discussão não é recente e foi enfrentada pelo Conselheiro LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, para quem a falta de medida, quantidade ou conteúdo indicado no contrato corresponde à retenção de parcela da coisa vendida, não se tratando de vício ou defeito oculto, nem da não existência de qualidade e utilidade declarada no contrato, acrescentando que no caso de vício oculto, a coisa é entregue em sua integralidade, porém com defeito ou vício ou sem as qualidades declaradas no contrato e, no caso da ação *ex empto*,¹⁶⁴ por falta de medida, quantidade ou conteúdo expresso no acordo, a coisa não é entregue em sua integralidade.¹⁶⁵ A mesma opinião tinha P. A. C. LESSA.¹⁶⁶

De fato, a compra e venda de dez sacas de cereal terá sido inadimplida quando apenas três forem entregues, do peso e da qualidade combinadas.

A análise não é tão singela, todavia.

edilícia e a ação *ex empto*, aquela relativamente aos vícios redibitórios e esta em relação à compra e venda *ad mensuram* quando o imóvel entregue não tem a área prometida (art. 1.136, CC/16).

¹⁶³ TJ-SP: Apelação nº 9194834-69.2008.8.26.0000, Relator(a): Desembargador PIVA RODRIGUES; Comarca: Sumaré; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/08/2013; Data de registro: 05/09/2013; Outros números: 5859174700; Apelação nº 0022201-91.2011.8.26.0004, Relator(a): Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/11/2014; Data de registro: 04/11/2014; Apelação nº 0001383-39.2007.8.26.0205, Relator(a): Desembargador FRANCISCO LOUREIRO; Comarca: Getulina; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/03/2012; Data de registro: 11/03/2012 etc. A pesquisa foi feita por amostragem, buscando-se julgados dos anos de 2012 a 2016, contudo, em razão da grande massa de processos envolver relações de consumo, a quantidade de julgados que cuidam exclusivamente do Direito Civil, além de reduzida, não é de fácil localização. Não se realizou pesquisa em outros tribunais porque este trabalho foi apresentado no Estado Bandeirante.

¹⁶⁴ Importa ainda ressaltar que ação *ex empto* pode ser tida como um gênero, do qual as ações edilícias são espécies, se se entender que toda ação do comprador contra o vendedor é uma ação *ex empto*. “*La vente oblige nécessairement les deux parties l’une envers l’autre; c’est un contrat bilatéral parfait. Le vendeur a l’actio venditi et l’acheteur l’actio empti.*” (P. A. H. VAN WETTER, *Cours élémentaire de droit romain, contenant l’histoire du droit romain et la législation de Justinien*, v. I, 3ª ed., Paris, A. Marescq Aîné, 1893, p. 198).

¹⁶⁵ Parecer contido na obra de A. J. M. SOARES, *Tractado jurídico-prático da medição e demarcação das terras tanto particulares como publicas para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos e mais pessoal dos juizos divisorios*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, pp. 409-410.

¹⁶⁶ P. A. C. LESSA, *Dissertações e polemicas (estudos jurídicos)*, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio, 1909, pp. 281-360. Aliás, o estudo realizado por P. A. C. LESSA é absolutamente alentado, citando doutrinadores de diversos países e legislações estrangeiras. Referido estudo foi publicado anteriormente. Cf.: *Da compra e venda de coisas imóveis “ad corpus” e “ad mensuram”*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVI* (1898), pp. 5-14; e *Da compra e venda de coisas imóveis “ad corpus” e “ad mensuram”*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVII* (1898), pp. 1-32.

Isso porque, por exemplo, é preciso definir se haverá vício de quantidade ou de qualidade quando um comprimido de um determinado medicamento em vez de conter dez miligramas do princípio ativo, contiver apenas oito.

A análise de quem nega a natureza redibitória da hipótese parece superficial, na medida em que a falta de parte do objeto da prestação diminui-lhe o valor e a utilidade e, sendo oculta, cumpre todos os requisitos necessários à submissão ao regime específico.¹⁶⁷

Não se olvida que, na hipótese das sacas, o devedor poderá entregar em partes o que se convencionou por inteiro, violando o dever de pontualidade (art. 314,¹⁶⁸ CC), mas ainda assim poderá entregar a diferença, quando estará em mora e haverá mau cumprimento ou cumprimento defeituoso em relação à parcela faltante do objeto da prestação. Neste caso, o credor poderia sem embargo exigir o adimplemento do restante.

No exemplo do medicamento, em razão do modo próprio de sua fabricação, será impossível completar cada comprimido com a dosagem faltante do princípio ativo.

Interpretação uniformizando o regime do vício de qualidade e do vício de quantidade como sustentado é, aliás, importante para o reconhecimento da unificação de conceitos em termos sistêmicos,¹⁶⁹ já que o direito do consumidor possui disposição própria que equivale vício de qualidade e vício de quantidade.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Ressalte-se que a doutrina alemã já referida afirma que o vício de quantidade é vício de qualidade, na medida da redação do §433 (3), BGB: “(3) *Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.*” (cuja tradução livre é: “(3) Considera-se defeito material da coisa quando o vendedor entrega coisa diversa, bem como quando entrega quantidade inferior à combinada.”). A indicação feita por P. J. S. GUIMARÃES do §468, BGB (*Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 170), está errada, porque após a reforma legislativa alemã de 2002 referido dispositivo passou a tratar do diferimento do preço da compra (na redação original a referência era correta, como fez C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1930, p. 313).

¹⁶⁸ “Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.”

¹⁶⁹ Visto como conjunto de normas em sentido amplo com unidade interior e adequação valorativa (C. W. CANARIS, *System denken und system begriff in der Jurisprudenz* (1983), *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. port. de A. M. R. Menezes Cordeiro, 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, pp. 66-102).

¹⁷⁰ CDC: “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis

A uniformização do prazo decadencial para reclamação da complementação da área ou do abatimento do preço nas vendas e compras de imóveis *ad mensuram* (art. 500, CC) com o prazo para reclamação de vícios redibitórios em bens imóveis (art. 445, CC), ambos de um ano, caminha no sentido da harmonização.

A questão do prazo para a reclamação é absolutamente relevante, note-se, porque foi exatamente ela que levou ao pronunciamento dos tribunais nos julgados mencionados acima, tanto do STJ como do TJSP, bem como no parecer do Conselheiro LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, que é seguido, na obra indicada, pelos pareceres do Conselheiro MANUEL DA SILVA MAFRA, do Conselheiro AFFONSO CELSO e AFFONSO CELSO JÚNIOR e do Conselheiro J. BAPTISTA PEREIRA,¹⁷¹ porque no regime anterior ao CC/16, e nele próprio, os prazos eram diversos, o que foi encerrado, corretamente, pelo atual sistema que confere mais segurança à hipótese relativa aos imóveis.

Aprofunde-se o tema.

Poder-se-ia afirmar que, sob a perspectiva da parcela entregue, a coisa entregue parcialmente está viciada e, sob a perspectiva da parcela não entregue, haveria inadimplemento.¹⁷² Sob esta forma de ver a questão, o credor poderia pleitear a complementação (ação por inadimplemento), a diminuição do preço (pela ação *quantum minoris* quanto ao vício ou pela ação indenizatória quanto ao inadimplemento) ou a devolução da coisa (por ação redibitória, se for vício, ou por ação resolutória, se for inadimplemento). Cuidam-se de duas faces da mesma moeda. Contudo, tal posição não soluciona a diferença instintiva que surge ao olhar-se para os exemplos das sacas de cereal e do comprimido.

respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”

¹⁷¹ Estes últimos, na mesma obra antes mencionada: A. J. M. SOARES, *Tractado jurídico-prático da medição e demarcação das terras tanto particulares como públicas para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos e mais pessoal dos juizes divisorios*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, pp. 411-415.

¹⁷² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 148.

Volte-se ao caso da extensão de imóveis. Haverá inadimplemento ou vício redibitório quando um determinado imóvel for alienado *ad corpus*, mas com a garantia firme do vendedor de que referido lote possui determinada medida?

A. C. TOLEDO, contendendo contra P. A. C. LESSA, produziu dois textos que analisam a questão com absoluta profundidade, ambos publicados na Gazeta Jurídica do Estado de São Paulo.¹⁷³

Não nega o citado autor que na compra e venda *ad mensuram*, em que a coisa é vendida por medida ou extensão, a falta de quantidade ou comprimento represente inadimplemento, sendo o preço fixado por medida (v.g. 100 réis por metro quadrado ou a conto de réis por alqueire), mas vai além e afirma que sempre que o vendedor assegurar que um imóvel contenha determinada extensão em uma venda *ad corpus*, a falta da extensão assegurada representa vício redibitório, passível de correção por ação redibitória ou estimatória.¹⁷⁴

Assim, por outras palavras, o vendedor responde perante o comprador pela extensão quando a garante como uma qualidade que a coisa possui,¹⁷⁵ sendo esta, em sua opinião, a melhor interpretação do direito romano, subsidiariamente aplicável em sua época, uma vez que o verbo latino *pronuntiare* significaria tanto pronunciar como assegurar, prometer.¹⁷⁶

¹⁷³ *Da compra e venda de cousas immoveis "ad corpus" e "ad mensuram"*, in *Gazeta juridica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVI* (1898), pp. 98-104, 187-194; e *Da compra e venda de cousas immoveis "ad corpus" e "ad mensuram" - alegações sobre embargos na appellação nº 1.359 de Tietê*, in *Gazeta juridica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVII* (1898), pp. 242-276.

¹⁷⁴ No mesmo sentido, O. GOMES, para quem é *ad corpus* a venda de coisa individualizada em que o preço não foi fixado por medida. Nas palavras do autor: "Note-se que a referência a dimensões não descaracteriza a venda *ad corpus*, se não tem a função de condicionar o preço." (O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 260).

¹⁷⁵ *Da compra e venda de cousas immoveis "ad corpus" e "ad mensuram"*, in *Gazeta juridica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVI* (1898), p. 103.

¹⁷⁶ Interpretação desse jaez conciliaria o D, 19, 1, 6: "*Tenetur ex empto venditor, etiam si agnoverit minorem fundi modum esse.*" com o D, 19, 1, 13, 14: "*Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit et in lege emptionis dictum est in fundo centum esse iugera et antequam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, ut, si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint, quia dolo fecit nec dolus purgatur: si vero ignorans vendidit, ex empto actionem non competere.*"

"O vendedor responde pela ação *ex empto* ainda que ignorasse ser o imóvel de tamanho menor" (I. J. LAGO, *O tratamento jurídico da venda de imóvel com divergência de área na evolução do direito brasileiro: Venda ad corpus e ad mensuram* (tese de doutorado), 2014, p. 95, nota 359).

"Se Tício vendeu um imóvel que media 90 *jugera*, e declarou na venda que este media 100 *jugera*, e, antes de o imóvel ser medido, 10 *jugera* foram acrescentados por meio de aluvião, me

Esta é a síntese do pensamento do autor, com a qual se deve concordar, porque confere valor à garantia dada pelo vendedor, de a coisa possuir determinada extensão ou medida,¹⁷⁷ promessa essa que indica qualidade da coisa alienada.

A real diferença estaria, portanto, na natureza da alienação. Se esta é feita por medida em sentido estrito (e.g. dez sacas de cereal ao preço de x por saca) ou se *ad corpus* com garantia firme de medida (v.g. todo o cereal do meu silo pelo preço de y, assegurando o alienante que o silo contém quinze sacas de cereal). Sempre que a venda se desse por medida mesmo, haveria inadimplemento (p. ex., vendeu mil alqueires de um terreno que tinha), mas sempre que a venda se desse *ad corpus*, com garantia firme da medida, existiria vício (i.e., vendeu um quadrante de suas terras, garantido que ele continha três mil alqueires, mas só possuía dois e trezentos).

Não estava só A. C. TOLEDO ao afirmar que a falta de quantidade permitiria o manejo das ações redibitórias em determinados casos, denominando a hipótese de vício redibitório convencional (em razão da qualidade afirmada, tal qual a responsabilidade pela promessa feita à época dos romanos)¹⁷⁸ e baseando sua opinião também na redação de então do §468, BGB.¹⁷⁹

agrada a opinião de Nerácio, para quem se o vendedor estivesse ciente da deficiência quando da venda, caberia contra ele a ação *ex empto*, mesmo se as 10 *jugera* houvessem sido acrescentadas ao campo, pois este acréscimo não eliminou seu dolo; mas se ignorava a diferença quando vendeu, não caberá a ação *ex empto*.” (I. J. LAGO, *O tratamento jurídico da venda de imóvel com divergência de área na evolução do direito brasileiro: Venda ad corpus e ad mensuram* (tese de doutorado), 2014, p. 92, nota 348).

¹⁷⁷ “Mas quando na venda *ad corpus* o vendedor indica a sua medida, e obriga-se de modo directo e positivo a responder pela falta que for encontrada, a acção que neste caso cabe ao comprador não é a *ex empto* para a entrega da coisa em sua totalidade, mas a *quanti-minoris*. (...) A obrigação, pois, do vendedor, quando responde pela falta da continencia declarada, prende-se a uma *qualidade* do corpo vendido.” *Da compra e venda de cousas immoveis “ad corpus” e “ad mensuram”*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVI* (1898), p. 188.

¹⁷⁸ *Da compra e venda de cousas immoveis “ad corpus” e “ad mensuram” - alegações sobre embargos na apelação nº 1.359 de Tietê*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVII* (1898), pp. 255-256.

¹⁷⁹ Este dispositivo é aquele referido anteriormente por C. BEVILAQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1930, p. 313) e copiado inadvertidamente por P. J. S. GUIMARÃES (*Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 170). Dizia o artigo em sua redação original: “1 *Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zu, so haftet er für die Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft. 2 Der Käufer kann jedoch wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandelung nur verlangen, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat.*” (BUSCH et alia, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer*

Acompanham-no ainda J. H. CORREA TELLES, que afirmava que o vício de quantidade era uma espécie de vício redibitório e A. TEIXEIRA DE FREITAS, ao acomodar a obra daquele ao foro brasileiro.¹⁸⁰ Além deles, L. M. LEME, para quem a promessa da existência de determinada quantidade de árvores em um terreno, com a garantia de sua existência, implicaria em vício redibitório se não houvessem na quantidade assegurada.¹⁸¹

No mesmo sentido, P. A. H. VAN WETTER¹⁸² e ainda C. F. M. PERDIGÃO, para quem a promessa pelo vendedor sobre a quantidade de área que um imóvel possuía impunha a incidência das ações edilícias.¹⁸³

Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, v. II, 6ª ed., Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1928, p. 82). A. C. TOLEDO (op. cit. p. 254) cita a versão traduzida por R. GRASSERIE, sem citar a fonte, que segue indicada em face da consulta da obra original: “§468 Lorsque le vendeur a garanti à l’acheteur une certaine contenance de l’immeuble, il répond de cette contenance comme d’une qualité garantie. L’acheteur ne peut cependant intenter pour ce fait l’action rédhibitoire que si la différence est tellement importante que l’exécution du contrat n’ait plus désormais d’intérêt pour lui.” (R. GRASSERIE, *Code civil allemand - Promulgué le 18 août 1896 - Exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1900 - Suivi de la loi d’introduction, de la loi sur les livres fonciers et de celle sur la vente et l’administration forcée, de la loi sur la constatation de l’état des personnes et la célébration du mariage, de la loi sur l’acquisition et la perte de la nationalité d’empire et de la nationalité d’état (Dans leur teneur au 1^{er} novembre 1909) - Traduits et annotés avec introduction*, 3ª ed, Paris, A. Pedone, 1910, p. 100). Acrescenta em sua obra R. GRASSERIE: “La garantie de la contenance n’est due que lorsqu’elle a été formellement stipulée, mais la moindre différence suffit pour la diminution du prix; il en faut une grande, mais non préfixe, pour la résolution.” (op. cit., p. XLVI). Atualmente, o dispositivo correspondente é o §433 (3), BGB: “(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.” (cuja tradução livre é: “(3) Considera-se defeito material da coisa quando o vendedor entrega coisa diversa, bem como quando entrega quantidade inferior à combinada.”).

¹⁸⁰ J. H. CORREA TELLES, *Doutrina das acções accomodada ao foro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, Garnier, 1880, p. 293 (690). Embora, em relação ao último, tenha revelado pensamento diverso em seu Esboço, o que será tratado em item próprio.

¹⁸¹ *Vícios redibitórios. Sua distinção de “qualidade” - Ações que cabem na falta destas e na existência daqueles*, in *Revista dos tribunais*, 289 (1959), pp. 42, itens 4 e 5.

¹⁸² Dizia o jurista Belga: “Par suite des conventions des parties, la garantie des vices peut dégénérer en une garantie des qualités de la chose; mais remarquons que cette dernière garantie suppose une promesse positive et directe; des affirmations vagues et générales n’engagent à rien, car tout le monde a l’habitude de louer sa marchandise, sans entendre pour cela s’obliger à quelque chose. Un cas de ce genre qui est soumis à des règles propres, est la garantie de la contenance; nous prendrons pour exemple la vente d’un fond avec indication de la contenance, vente à laquelle est analogue celle d’un nombre déterminé d’arpents de terre à prendre dans un immeuble désigné à cette fin: a) Si l’héritage vendu avec indication de la contenance l’a été pour un prix unique, et que, vérification faite, il n’ait point la contenance voulue, le vendeur répond du déficit, en ce sens, comme il sera expliqué plus longuement dans un instant, que l’acheteur a droit à une diminution proportionnelle du prix, s’il ne préfère se désister du marché par l’action rédhibitoire.” (*Cours élémentaire de droit romain, contenant la législation de Justinien, avec l’histoire tant externe qu’interne du droit romain*, v. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1871, pp. 787-788).

Na edição de sua obra, de 1893, manteve seu pensamento, mas alterou a redação de seu texto para o seguinte: “C’est ainsi que l’auteur peut garantir des qualités e la chose dicta vel promissa). Mais, pour être obligatoire, la promesse doit se rapporter à une qualité précise ou bien déterminée; des affirmations vagues ou générales au sujet de la bonté de la chose sont

Esta posição, no sentido de que a venda *ad corpus* com garantia de extensão submete-se às ações edilícias, foi acolhida ao menos uma vez pelo Supremo Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso de Revista Cível nº 9333,¹⁸⁴ fundando-se aquele julgado no §10, do Tit. 17, do Liv. 4º, das Ordenações do Reino,¹⁸⁵ que era expressa em afirmar que “faltas” de um bem móvel ou imóvel legitimaria o adquirente a enjeitar a coisa por vícios ocultos.

Afirmaram expressamente os Conselheiros que “pódem ser enjeitados os bens de raiz, não só quando tenham vicio, mas tambem quando tenham faltas, e seria contrariar ás regras da hermeneutica juridica o admittir-se que estas duas expressões fossem escriptas como sinonimas...”¹⁸⁶

Desse modo, para fins de garantir a coerência interna e preservar a segurança jurídica, os regimes deveriam ser unificados integralmente, com a previsão de prazos únicos para reclamação por falta de quantidade, o que deve ser visto sob a perspectiva dos vícios redibitórios quando a alienação ocorrer *ad corpus* e o alienante assegurar a existência de determinada quantidade, formulando-se o preço não por medida, mas como um todo.

Não se olvida, porém, que sendo a venda *ad mensuram* com a fixação do preço por medida, a falta de quantidade ou extensão revelará hipótese de retenção indevida da parcela alienada, reveladora de mora ou inadimplemento, não sendo possível a propositura das ações edilícias, embora as ações para

insuffisantes, car chacun a l'habitude de louer sa marchandise, sans vouloir pour cela prendre un engagement. Celui qui vend un fonds de terre avec indication de la contenance, garantit par là que le fonds a la contenance indiquée; il répond donc du déficit, comme d'un vice ou de l'absence de toute autre qualité, et partant l'acheteur peut agir en diminution du prix ou bien en rescision de la vente. Mais un excédent de contenance ne donne pas lieu à une augmentation du prix, car pour le prix convenu l'acheteur a stipulé l'immeuble entier; la contenance indiquée au contrat n'était qu'un minimum à garantir par le vendeur. Nous supposons une vente faite pour un prix global; il est évident que si la vente avait eu lieu à tant l'arpent, l'excédent de contenance influerait sur le prix.” (Cours élémentaire de droit romain, contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien, v. II, 3^eed., Paris, A. Marescq Aîné, 1893, pp. 179).

¹⁸³ Nota sobre a “continencia do contracto”, in *Gazeta juridica: Revista mensal de doutrina, jurisprudencia e legislação XVIII* (1877), pp. 557-558.

¹⁸⁴ in *Gazeta juridica: Revista mensal de doutrina, jurisprudencia e legislação XVIII* (1877), pp. 415-420.

¹⁸⁵ “10. E as cousas, que não são animadas, quer sejam moveis, quer de raiz, se poderão enjeitar por vícios, ou faltas, que tenham, assi como hum livro comprado, no qual falta hum caderno, ou folha em parte notavel, ou que stá de maneira, que se não possa ler, ou hum Pomar, ou Horta, que naturalmente sem industria dos homens produz plantas, ou hervas peçonhentas.” (C. M. ALMEIDA, *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do reino de Portugal recopiladas por mando d'el-rey D. Philippe I*, v. IV, 14^a ed., Rio de Janeiro, Instituto Philomathico, 1870, p. 799).

¹⁸⁶ Op. cit. pp. 418-420.

adimplemento integral, redução do preço ou desfazimento do negócio atinjam o mesmo fim das ações edilícias no caso em tela.

2.3.1. Vício de quantidade e vício de qualidade no revogado Código Comercial

O CCo conceituava¹⁸⁷ os vícios redibitórios, de modo próximo ao conceito do CC, em seu art. 210.¹⁸⁸

No regime revogado, como no atual, o vendedor era responsável pelos defeitos ou pelos vícios ocultos que a coisa possuísse, diminuindo-lhe o valor ou a utilidade, ainda que descoberto apenas após a entrega.¹⁸⁹

Em seguida, afirmava o CCo, no artigo imediato,¹⁹⁰ que as disposições relativas aos vícios aplicavam-se aos negócios sobre gêneros que se entregavam por “fardos ou debaixo de coberta” que impedissem o seu exame e reconhecimento, tendo o comprador o prazo de dez dias seguintes ao recebimento para reclamar do alienante a “falta na quantidade,¹⁹¹ ou defeito na

¹⁸⁷ O conceito da doutrina comercialista não destoa do conceito já apresentado. *E.g.* J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 92; W. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 192; e W. M. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. 10, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 133. Este último, aparentemente adotando a teoria da garantia que será analisada no item 4.1.5, afirmou que essa obrigação do vendedor era “chamada também de obrigação de garantia” (op. cit., p. 134), sem, contudo, desenvolver o motivo pelo qual assim pensava.

¹⁸⁸ “Art. 210 - O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço.”

¹⁸⁹ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Legislação do Brasil, Aditamentos ao Código do Commercio*, v. I, Rio de Janeiro, Perseverança, 1878, pp. 591-592; 603, citando um julgado sobre o tema, mas sem desenvolver qualquer doutrina.

¹⁹⁰ “Art. 211 - Tem principalmente aplicação a disposição do artigo precedente quando os gêneros se entregam em fardos ou debaixo de coberta que impeçam o seu exame e reconhecimento, se o comprador, dentro de 10 (dez) dias imediatamente seguintes ao do recebimento, reclamar do vendedor falta na quantidade, ou defeito na qualidade; devendo provar-se no primeiro caso que as extremidades das peças estavam intactas, e no segundo que os vícios ou defeitos não podiam acontecer, por caso fortuito, em seu poder.

Essa reclamação não tem lugar quando o vendedor exige do comprador que examine os gêneros antes de os receber, nem depois de pago o preço.”

¹⁹¹ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA afirmava que esta equiparação representava um sistema especial, mas não que as faltas de qualidade ou quantidade eram propriamente vícios (*Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 92, nota 2; 94 nota 1).

qualidade”,¹⁹² devendo provar no primeiro caso que “as extremidades das peças estavam intactas” e, no que tange à qualidade, que “os vícios ou defeitos não podiam acontecer, por caso fortuito, em seu poder.”¹⁹³

A solução era melhor que a do CC/16 e, portanto, que a do CC, tendo em vista que, ao menos no que toca às compras e vendas de coisas genéricas, igualava o regime dos vícios aos defeitos de quantidade e qualidade, o que foi feito pelo CDC, como se verá adiante.¹⁹⁴

Sobre a correta interpretação dos dispositivos do CCo referidos, duas correntes se formaram.

A primeira, desenvolvida por J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, negava que o CCo tivesse adotado o regime das ações edilícias, sustentando que todo o procedimento destinado ao seu descobrimento, a sua comunicação, a sua constatação e devolução da mercadoria ou redução do preço era extraprocessual e que eventual ação para devolução da coisa ou redução do preço seriam, em verdade, uma ação para restituição total ou parcial do preço.¹⁹⁵

Isso porque o dispositivo não falava na possibilidade de veiculação das ações edilícias expressamente, mas apenas que o adquirente tinha a competência¹⁹⁶ para “reclamar” a falta.¹⁹⁷

¹⁹² A. BENTO DE FARIA afirmava que vício de quantidade e de qualidade, embora equiparados aos vícios redibitórios, não eram propriamente vícios desta natureza, sem explicar as razões de seu pensamento (*Código Commercial brasileiro anotado de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia nacional e estrangeira, e os principios e regras do direito civil, seguido do Regulamento n. 737 de 1850, igualmente anotado, de um indice alphabetico e de um appendice contendo todas as leis commerciais em vigor e que lhe são referentes*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1920, p. 176, nota 224). No mesmo sentido, citando o autor anterior, W. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 192.

¹⁹³ F. U. COELHO, autor do projeto de CCo em curso na Câmara dos Deputados (PL 1572/2011, apresentado pelo Deputado Vicente Candido, aos 14/06/2011), em sua obra nada explica sobre os dispositivos mencionados (*Código Comercial e legislação complementar anotados*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 82-85).

¹⁹⁴ A. AMARAL JÚNIOR, *A originalidade da disciplina dos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor* in A. C. MORATO - P. T. NERI, *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, São Paulo, Atlas, 2010, pp. 216-218; C. L. B. GODOY, *Vícios do produto e do serviço*, in R. LOTUFO - F. R. MARTINS (coords.), *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: Conquistas, desafios e perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 348-354; e P. L. N. LÔBO, *Responsabilidade por vício do produto ou serviço*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 26.

¹⁹⁵ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, pp. 106-107.

¹⁹⁶ No sentido de direito formativo ou direito potestativo, segundo a melhor terminologia de A. ROSS, *Directives and norms*, New York, Humanities, 1968, pp. 116-124.

Assim, o prazo decenal não era para a propositura de ação edilícia, mas apenas para a reclamação,¹⁹⁸ que poderia ser por qualquer forma, embora *ad probationem tantum* se recomendasse fosse escrita.

Essa diferença de regime levou J. X. CARVALHO DE MENDONÇA a afirmar que as hipóteses do art. 210, CCo, eram de “vícios redhibitorios em materia comercial”.¹⁹⁹

A possibilidade de reclamar ficava impedida se o vendedor exigisse do comprador o exame da coisa antes do seu recebimento, bem como após o pagamento do preço, se se seguisse à entrega.

Diante de um defeito ou um vício oculto, o adquirente tinha o prazo de dez dias para denunciá-lo,²⁰⁰ contados do dia do recebimento das mercadorias, pouco importando se a reclamação chegaria ao vendedor dentro desse prazo.

Na reclamação, deveria descrever os vícios ou os defeitos, inclusive as faltas de qualidade ou quantidade, de modo a compartilhar com o alienante o seu conteúdo, ainda que não se exigisse uma perícia nesta fase; devendo o adquirente, à evidência, guardar a coisa diligentemente, isto é, custodiá-la.

Feita a reclamação, nos termos do art. 217,²⁰¹ CCo, árbitros realizariam a prova do defeito ou da falta afirmados.

Realizadas a reclamação e a prova da existência do defeito ou da falta de qualidade ou quantidade, bem como a prova de que o defeito não ocorreu por culpa do adquirente, este poderia rejeitar a mercadoria e reenviá-la ao vendedor,²⁰² observando o art. 212,²⁰³ CCo. A ação para tal era a ação de depósito.²⁰⁴

¹⁹⁷ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, op. cit., pp. 91-95. Cf. ainda W. M. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. 10, São Paulo, Saraiva, 1963, pp. 134-135, que não compartilhava da posição explicada.

¹⁹⁸ R. MONTESSORI, *Garanzia del venditore pei vizi dela cosa e la denuncia dei difetti dela mercê nella compravendita commerciale*, Milano, Vallardi, 1910, pp. 106-109.

¹⁹⁹ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 95.

²⁰⁰ O prazo poderia ser dilatado pela vontade das partes, o que era comum na venda de maquinários, podendo-se estabelecer que o início do prazo se daria após determinado tempo de teste.

²⁰¹ “Art. 217 - Os vícios e diferenças de qualidade das mercadorias vendidas serão determinados por arbitradores.”

²⁰² J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 104.

Assim, se o vendedor a aceitasse, presumia-se que concordou com a reclamação. Se dela discordasse, deveria depositá-la; caso não o fizesse, ainda que discordasse, tacitamente aceitava a reclamação e sua consequência.²⁰⁵

Esse regime jurídico, conquanto lógico, não foi adotado pela maioria da doutrina, como reconheceu seu próprio idealizador,²⁰⁶ que insistia em afirmar que o prazo decenal destinava-se à propositura da ação redibitória ou estimatória, tal qual no regime geral de direito civil.²⁰⁷

Assim, para a corrente majoritária e para a jurisprudência, como aquela informa nas obras referidas, nenhuma diferença havia nas consequências da presença de um defeito oculto em um contrato mercantil, exceto o prazo que se alterava no CCo e a possibilidade de utilização dos remédios edilícios também nas hipóteses de falta de quantidade ou qualidade.

²⁰³ “Art. 212 - Se o comprador reenvia a coisa comprada ao vendedor, e este a aceita (artigo nº. 76), ou, sendo-lhe entregue contra sua vontade, a não faz depositar judicialmente por conta de quem pertencer, com intimação do depósito ao comprador, presume-se que consentiu na rescisão da venda.”

²⁰⁴ Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, “Art. 401. O depósito preparatório da acção, como no caso dos arts. 204 e 212 do Código, terá logar a requerimento do autor por mandado do Juiz, com citação da parte, e são inadmissíveis quaesquer embargos, sendo responsável pelas despesas, salario, perdas e danos o vencido na causa principal.”

O depósito da coisa só poderia ocorrer após a oferta da mercadoria e não antes, sob pena de não ser aceito o depósito (A. F. LEITÃO, *Notas ao processo civil e commercial, Regulamento n. 737, de 1850*, 2ª ed., São Paulo, Teixeira & Cia, 1928, p.118). Nada diziam E. EGAS e A. PUJOL, *Manual de audiencia, Processo civil e commercial, Regulamento n. 737 de 1850, Commentado e annotado segundo a jurisprudencia dos tribunais*, São Paulo, Espindola, Siqueira & comp., 1898; nem tampouco A. BENTO DE FARIA, *Processo commercial e civil (dec, n. 737 de 25 de novembro de 1850), annotado de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia e seguido de um appendice*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903.

²⁰⁵ W. M. FERREIRA, *Manual do commerciante*, 2ª ed., São Paulo, Monteiro Lobato & comp., 1923, pp. 185-187.

²⁰⁶ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, *Jornal do Comércio*, 1927, p. 93, nota 1, que explica razão pela qual o regime específico do CCo foi desvirtuado pela doutrina e pelos tribunais, atribuindo a distorção ao acolhimento das lições de tratadistas franceses, que aplicavam subsidiariamente as disposições do *Code Civil* temperadas pelos usos locais e pelo acolhimento de doutrinadores italianos que analisavam a questão sob a sua legislação, que era diversa da brasileira. O autor, todavia, não nomina os escritores e os tratadistas, nem lhes indica as obras.

²⁰⁷ W. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pp. 192-193; e W. M. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. 10, São Paulo, Saraiva, 1963, pp. 134-138.

Essa mesma dinâmica foi prevista no Projeto de Código Comercial de H. M. INGLEZ DE SOUZA. O Projeto conceituava vícios redibitórios nos mesmos moldes em seu art. 734.²⁰⁸

Sobre a falta de quantidade ou qualidade, o Projeto possuía artigo específico, o art. 739.²⁰⁹

²⁰⁸ “Art. 734. A coisa vendida póde ser enjeitada por vícios ou defeitos occultos que a tornem impropria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.” (*Projecto de Codigo Commercial*, v. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1912, p. 228).

²⁰⁹ “Art. 739. Tratando-se de mercadorias, a reclamação do comprador contra a falta de quantidade, o vicio ou defeito de qualidade, deve ser feita dentro dos dez dias que se seguirem ao recebimento da cousa. A reclamação não procede quando o vendedor exigiu do comprador que examinasse a mercadoria antes de a receber, salvo dolo. A acção para pedir a diferença do valor, quando o comprador não enjeita a cousa, prescreve em trez mezes, se o comprador tiver feito a reclamação dentro do decendio, e prescreve em dez dias se não a tiver feito dentro desse prazo.

Se o vicio ou defeito da cousa fôr de tal fórma occulto que o comprador não o possa conhecer dentro de dez dias contados do recebimento da cousa, e provando-se que o vendedor conhecia ou tinha razão de conhecer o vicio ou defeito, o praso para a reclamação e propositura da acção contar-se-á do dia em que o comprador a veiu conhecer, ou teve razão para conhecer, o alludido vicio ou defeito.” (*Projecto de Codigo Commercial*, v. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1912, p. 229).

3. REQUISITOS

Apresentado o conceito de vício redibitório, cumpre em seguida desenvolver os requisitos que o compõem, sendo cinco: i) o contrato deve ser oneroso ou comutativo; ii) o vício deve acarretar a perda de utilidade da coisa ou a diminuição considerável de seu valor; iii) o vício deve ser oculto; iv) o vício deve ser grave; e v) o vício deve ser anterior à outorga da posse.

Cada um será tratado isoladamente, em face das peculiaridades que cada um deles contém.

3.1. Contrato comutativo ou doação onerosa

Contrato comutativo é espécie de contrato oneroso, segundo o qual a vantagem de uma das partes possui relação direta com a da outra da parte contrária, assim como os sacrifícios de ambas as partes se equivalem.²¹⁰

A equivalência é subjetiva, não importando se objetivamente as prestações se equivalem (isto é, a inferioridade do valor do objeto alienado em relação ao preço pago não é, por si, vício redibitório²¹¹), exceto para fins de incidência de outras normas jurídicas capazes de alterar a qualificação do suporte fático, como é o caso da lesão.

Apenas nos contratos comutativos - e em todos eles²¹² - incidem as regras da lesão, do estado de perigo, das arras, da onerosidade excessiva, da evicção, dos vícios redibitórios etc., sendo esta a importância da classificação. Suas regras, portanto, não incidem nos contratos aleatórios.²¹³

²¹⁰ O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, pp. 80-81. Sobre o tema, a monografia de M. A. PEREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1967; e J. A. CESAR, *Sobre os efeitos dos contratos bilaterais (direito civil)*, Campinas, Casa Genoud, 1914.

²¹¹ G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teorico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], p. 455.

²¹² S. RODRIGUES, *Curso de Direito civil - Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 103-104; S. S. VENOSA, *Direito civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 581; W. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 191; e M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, pp. 374 e 377.

²¹³ Sobretudo nos contratos empresariais, em que a álea é inerente. Desse modo, sequer nos contratos em que se negociam títulos ou papéis, nos quais a companhia entre em liquidação ou que se desvalorizam, haverá incidência do regime jurídico dos vícios redibitórios. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do

Note-se que no direito brasileiro o regime dos vícios redibitórios não se limita ao contrato de compra e venda, no qual surgiu, embora pudesse ser assim por escolha legislativa; o que não seria uma boa opção legislativa.²¹⁴

Doação onerosa, por sua vez, é aquela em que o donatário recebe a liberalidade, ao mesmo tempo em que lhe é imposto um encargo ou uma obrigação a cumprir, coercitivamente. O encargo não impede a aquisição do direito pelo donatário e o descumprimento do encargo pode ou não gerar a

Comércio, 1927, p. 97 e nota 2. Contudo, destaca o mesmo autor, com razão, que estará atingido pelo vício redibitório o contrato de títulos de crédito já sorteados, porque sua aquisição pelo comprador pressupõe que fosse revendê-los ou obter renda; e os títulos sobre os quais haja oposição ou que tenham sido declarados perdidos ou furtados, porque também nestes o comprador não poderá receber a renda. (op. cit., pp. 97-98). Claro que se o contrato for atingido por dolo do vendedor, não se cuidará de vício redibitório, mas de vício do consentimento.

No mesmo sentido, G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAINAT afirmavam que incide o regime dos vícios redibitórios na venda de coisas incorpóreas, exemplificando a hipótese exatamente com papéis negociados em bolsa de valores (*Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teórico-prático di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], p. 456-457). Disseram que há vício na alienação de papéis quando não é possível revendê-los, nem deles obter renda; ainda que o impedimento venha de alguma oposição. Indicam inclusive julgados antigos.

²¹⁴ No direito romano, ao primeiro olhar, não incidirá as regras edilícias a outros contratos além da compra e venda, nos termos do D. 21, 1, 63: "*Sciendum est ad venditiones solas hoc edictum pertinere non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum. Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur: haec tamen ratio redditur vel quia numquam istorum de hac re fuerat iurisdictio vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt.*"

"Deve-se saber que este edito é aplicável unicamente às compras e vendas, não apenas aos escravos, mas também às demais coisas. Mas parece estranho que nada se diga no edito a respeito dos arrendamentos, mas se isso ocorre ou porque nunca tinham tido os edis jurisdição sobre esta matéria ou porque os arrendamentos não se faziam do mesmo modo que a venda."

Contudo, não se pode negar a incidência no contrato de permuta, como noticia o D, 21, 1, 19, 5: "*(...) Emptorem accipere debemus eum qui pretio emit. Sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri.*"

"(...) Por comprador devemos entender aquele que comprou por preço, mas, se alguém houver permutado, deve-se decidir que um e outro são considerados no lugar de comprador e de vendedor, e que um e outro podem reclamar em virtude deste edito." Aliás, a venda seria uma espécie de permuta (J. BERNON, *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887, pp. 108-110).

No comodato, ainda que a consequência não seja aquelas edilícias, também havia responsabilidade nos termos do D, 13, 6, 18, 3: "*Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*"

"Por isso mesmo, aquele que, sabendo, dá em comodato vasilhas com defeitos, se o vinho ou o azeite guardado nelas se corrompe ou se derrama, deve ser condenado por esta razão."

J. BERNON discute com profundidade a incidência ou não do regime dos vícios redibitórios na estipulação (op. cit., pp. 16-108), na divisão de coisas (op. cit., pp. 110-112), na sociedade (op. cit., pp. 112-113), na doação, com ressalvas e sobretudo para fins de casamento (dote) (op. cit., pp. 113-115), no depósito (op. cit., p. 115), no mútuo (op. cit., pp. 115-116), na locação (op. cit., pp. 117-118), no penhor (op. cit., p. 118), na transação (op. cit., pp. 118-121), no pagamento (op. cit., pp. 121-123) e na dação em pagamento (op. cit., pp. 123-124). Temas que serão explorados acerca do direito positivo, mas não do direito romano, não sendo este o objeto da pesquisa.

resolução do contrato, a depender de seus termos, mas, aceita a doação, pode-se exigir do donatário que cumpra o encargo estipulado.²¹⁵

Dispõe expressamente o art. 441, *caput*, CC, que a coisa viciada pode ser redibida quando recebida em decorrência de contrato comutativo, acrescentando o parágrafo único que isso pode ocorrer em caso de doações onerosas.²¹⁶ A redação repete basicamente a redação do art. 1.101, CC/16.

Melhor a redação do Projeto original de C. BEVILAQUA: “Art. 1.240. A coisa recebida em cumprimento de um contracto oneroso, tendente á transferência do seu domínio, posse ou uso,²¹⁷ póde ser rejeitada, quando nella existirem defeitos occultos que a tornam impropria para o uso a que é destinada.” e “Art. 1.241. Incluem-se entre os contractos onerosos os dotes e as doações gravadas de encargo.”²¹⁸

O Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados (art. 1.103) é o que entrou em vigor com o CC/16, sem referência ao dote.

Sobre o tema, J. L. ALVES aponta erro na aprovação do CC/16, afirmando que do texto final foi suprimida a referência aos “dotes”, que constava no projeto original, sem que a supressão conste dos trabalhos da comissão, que teria, segundo o autor, mantido o artigo original sem emenda, quando de sua 33ª reunião ordinária.²¹⁹

²¹⁵ CC: “Art. 553. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral. Parágrafo único. Se desta última espécie for o encargo, o Ministério Público poderá exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não tiver feito.”

²¹⁶ O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 102; W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 66; M. H. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, v. 3, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 141; F. MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, 16ª ed., atual. O. B. CORRÊA-LIMA, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 154; J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 54; S. RODRIGUES, *Curso de Direito civil - Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 103-104; S. S. VENOSA, *Direito civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 581, entre outros.

²¹⁷ M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 374.

²¹⁸ C. BEVILAQUA, *Projecto de Codigo Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900, p. 172.

²¹⁹ *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado pelo Ministro João Luiz Alves*, v. 4, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p.198. Nas palavras do autor, “o Código suprimiu a referência aos ‘dotes’, constante do art. 1241 do Pr. Cl. Não atinamos com a razão da supressão, que foi feita pelo Pr. Rev. (art. 1251), sem que aliás, conste dos trabalhos da respectiva comissão,

Segundo a ata da 33ª Sessão ordinária, ocorrida aos 4 de dezembro de 1901, a comissão naquela oportunidade discutiu o parecer do deputado RIVADAVIA CORREIA sobre os arts. 889 a 1.010 da parte especial.²²⁰

Ao que parece o autor mencionado se equivocou em sua análise.²²¹

O projeto primitivo de C. BEVILAQUA²²² foi inicialmente revisto pela comissão nomeada e presidida pelo ministro da justiça EPITÁCIO PESSOA, que alterou a redação primitiva do projeto para a seguinte: “Art. 1251. A coisa recebida em virtude de contracto commutativo póde ser enjeitada por vicios ou defeitos ocultos que a tornem impropria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. É applicavel a disposição deste artigo ás doações gravadas de encargo.”²²³

O deputado encarregado de oferecer parecer sobre o tema foi A. TAVARES DE LYRA, que o fez,²²⁴ afirmando que os vícios redibitórios poderiam

quando da sua 33ª reunião, que o art. 1241 do Pr. Cl. foi mantido sem emenda (1).” A nota referida no texto (1) é a seguinte, *ipsis litteris*: “(1) Trab. Com. Rev., pág. 234.”

²²⁰ *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. V, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, pp. 294-310.

O referido parecer está nas pp. 111-116, do *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. III, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

²²¹ Os trabalhos da comissão da câmara dos deputados são divididos em oito volumes. O v. I traz o projeto primitivo e o projeto revisto e sua p. 234 contém parte do projeto primitivo e não se refere à sessão mencionada. O v. II traz pareceres e emendas e sua p. 234 é parte do parecer do deputado SÉRGIO LORETO, que tem por objeto o contrato de fiança (pp. 227-235). O v. III contém trabalhos da comissão, precisamente relatórios parciais e não possui p. 234, terminando na p. 221. O v. IV contém trabalhos da comissão, exatamente a discussão da lei preliminar e da parte geral e na sua p. 234 discutia-se prazos prescricionais. O v. V traz a discussão da parte especial, especialmente os arts. 218 a 1227 e em sua p. 234 discute-se o tema da hipoteca e de registros. O v. VI contém a discussão da parte especial, arts. 1228 a 2203, além de redações parciais e sua p. 234 diz respeito a direito sucessório. O v. VII traz a redação final do projeto e sua discussão, estando na p. 234 a discussão entre os deputados Fabio Leal e Solidonio Leita acerca da redação de artigos que não se referem ao tema da pesquisa (arts. 78; 1290 a 1304; 1307; 1330; 1362 e 1363 etc.). O v. VIII contém o parecer do relator geral do projeto e a redação adotada pela câmara.

²²² O projeto primitivo está contido nos trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, com a apresentação da redação sugerida pelo autor do projeto (*Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, pp. 120-121).

²²³ *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, p. 241.

²²⁴ *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. III, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, pp. 134-138.

incidir em diversas espécies de contratos (e.g. compra e venda, troca, dação em pagamento etc.), sendo justificada a razão de sua inserção em termos gerais para atingir contratos outros que não apenas a compra e venda.²²⁵

Ao final de seu parecer, concluiu o deputado que a Comissão deveria aprovar a parte relativa aos vícios com alterações pontuais que não afetaram a substância dos artigos apresentados pela primeira comissão de EPITÁCIO PESSOA.²²⁶

A discussão do parecer do deputado ocorreu em várias sessões, transcritas nos trabalhos publicados da Comissão,²²⁷ sendo finalmente votado o texto.²²⁸

Em seguida, foi apresentada a redação parcial do projeto como aprovado pela Câmara, cuja teor é o seguinte: “Art. A coisa recebida em virtude de contracto commutativo póde ser enjeitada por vicios ou defeitos occultos que a tornam impropria para o uso a que é destinada, ou lhe diminua o valor. É applicavel a disposição deste artigo ás doações gravadas com encargo.”,²²⁹ que é exatamente a mesma transcrita na redação final do projeto.²³⁰

Assim, ao que parece, não houve a aprovação do projeto primitivo como afirmado por J. L. ALVES, mas apenas a aprovação do projeto revisto pela

²²⁵ Dizia o deputado: “Os vicios redhibitorios podem existir em diversas especies de contractos - compra e venda, troca, dação em pagamentos e outros (5) - e foi por esta razão que o autor do projecto constituiu um capitulo especial com os principios geraes que devem dar logar ás açções que nelles se fundam, divergindo assim das legislações que os incluem no capitulo relativo á compra e venda. Nos arts. 1251 a 1256, que delles se occupam, está consignada, com pequenas variantes, a mesma doutrina das leis vigentes. A reducção dos prazos, constante do artigo 1256, mereceu os applausos do Dr. Duarte de Azevedo e da Commissão revisora, que a conservou.” (op. cit., p. 135).

²²⁶ “Pensa a Commissão que deve ser approvada a parte do codigo relativa aos contractos, a saber, dos arts. 1228, a 1324, com as seguintes modificações: 1ª, depois do art. 1238, restabeleçam-se os arts. 1225, 1226 e 1227; 2ª, supprimam-se os arts. 1311 a 1319.” (op. cit., p. 138).

²²⁷ *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da commissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. VI, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, pp. 4-56.

²²⁸ Op. cit., pp. 356-376.

Da votação colhe-se o seguinte: “Os art. 1243 até 1255 são approvados sem emendas. O art. 1256 é approvado com a seguinte emenda do Sr. Andrade Figueira: ‘Reduza-se a prescripção ao prazo de três mezes, comum aos moveis e imóveis.’” (p. 388).

²²⁹ Op. cit., p. 626.

²³⁰ *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da commissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. VI, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, p. 147.

comissão especial, presidida pelo ministro da justiça EPITÁCIO PESSOA e composta por OLEGARIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO; AMPHILOPHIO BOTELHO FREIRE DE CARVALHO; JOAQUIM DA COSTA BARRADAS; FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA e JOÃO EVANGELISTA SAYÃO DE BULHÕES CARVALHO.²³¹

Independentemente da discussão acerca da aprovação do projeto original de C. BEVILAQUA pela Câmara, a redação final não deixa de causar estranheza, na medida em que o art. 285, CC/16, prevê expressamente a responsabilidade pela evicção da coisa objeto do dote.²³² Ora, a previsão do dote em matéria de evicção e sua supressão em matéria de vícios criou uma dicotomia no tratamento do tema de modo injustificado.²³³ Aliás, onde se fala em evicção, deveria ler-se também vícios redibitórios.²³⁴

O atual Código Civil não trata do dote, que deixou de existir, mas assegura a manutenção do regime de bens dos casamentos celebrados na vigência do diploma anterior (art. 2.039, CC), o que torna relevante a discussão.

Não há dúvida, nos termos da máxima hermenêutica, segundo a qual *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que aos bens dotais aplica-se o sistema dos vícios redibitórios²³⁵ se o dote, sob a perspectiva do dotador, nada mais é que uma espécie de doação,²³⁶ mas apenas se for dado com encargo e, com vistas a uniformizar o regime anterior, desde que o dotador soubesse do vício e o tenha

²³¹ Referido projeto revisto data de 1900.

²³² O próprio autor do projeto estranhou o ocorrido, afirmando expressamente: “O *Projecto primitivo* também estendia o preceito ao dote, que não é uma liberalidade pura, que é uma doação gravada com encargo. A Comissão revisora do Governo suprimiu a referência ao dote, sem dar explicação do seu proceder.” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1930, p. 275). Mais uma referência que reforça o equívoco de J. L. ALVES.

²³³ J. L. ALVES, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado pelo Ministro João Luiz Alves*, v. 4, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p.198-199, segundo quem a isenção da responsabilidade por vícios é incongruente, embora haja exemplos em outros códigos, que não revela.

²³⁴ “*Ce qui est dit de l'éviction doit s'entendre, pensons-nous, aux vices rédhibitoires...*” (J. BERNON, *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887, p. 111).

²³⁵ C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1930, p. 275. Esta era também a opinião de A. TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação das leis civis*, v. 1, 3ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1896, p. 304, nota 21).

²³⁶ R. B. MIMOSO, *A natureza jurídica do dote*, Lisboa, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1952, p. 95.

ocultado, uma vez que a evicção depende da má-fé para responsabilizar o dotador (art. 285,²³⁷ CC/16).

Mais não será dito sobre o dote, em face de sua extinção após a vigência do atual Código Civil, ocorrida no ano de 2003, de modo que a relevância do tema em termos práticos é nenhuma, uma vez que dificilmente há um dote defeituoso existente, cujo defeito não tenha surgido e o prazo decadencial não tenha se consumado.²³⁸

No que tange às doações, é inegável a aplicação do regime dos vícios redibitórios em face da redação do art. 441, parágrafo único, CC. Contudo, há ainda uma falta de sistematização no que tange à evicção, como havia em relação ao dote.

Isso porque o art. 552, CC, dispõe que o doador não é responsável pela evicção ou pelos vícios redibitórios, contudo, sendo a doação em contemplação de casamento com certa e determinada pessoa, o doador ficará sujeito à evicção, caso não tenha estipulado o contrário.²³⁹

Pelas mesmas razões antes referidas acerca do dote, deveria estender-se a hipótese aos vícios redibitórios, não havendo razão lógica para a mudança de regime jurídico.

A integralização de capital social pode ser realizada com dinheiro ou coisas, desde que suscetíveis de avaliação pecuniária (art. 997, inc. III,²⁴⁰ CC).

Para a integralização, o sócio subscritor do capital social transfere a propriedade do bem a ser integralizado à sociedade, com o fim de compor o patrimônio social, respondendo, *de lege lata*, pela evicção (art. 1.005²⁴¹, CC).

²³⁷ CC/16: “Art. 285. Quando o dote for constituído por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção se houver procedido de má fé, ou se a responsabilidade tiver sido estipulada.”

²³⁸ Sobre os vícios em bens dotais: Cf. R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 224-225.

²³⁹ “Art. 552. O doador não é obrigado a pagar juros moratórios, nem é sujeito às consequências da evicção ou do vício redibitório. Nas doações para casamento com certa e determinada pessoa, o doador ficará sujeito à evicção, salvo convenção em contrário.”

²⁴⁰ CC: “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...) III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;”.

²⁴¹ “Art. 1.005. O sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela evicção; e pela solvência do devedor, aquele que transferir crédito.”

Respondendo pela evicção, deverá responder igualmente pelos vícios redibitórios,²⁴² inclusive porque na integralização de capital, há a transferência de propriedade da coisa para a pessoa jurídica (embora possa não haver, desejando transferir direitos apenas), em verdadeiro contrato comutativo.²⁴³

No contrato de locação há regra expressa acerca do dever do locador resguardar o locatário dos vícios redibitórios anteriores ao contrato (art. 568,²⁴⁴ CC; e art. 22, inc. IV, Lei nº 8.245/91²⁴⁵), o que não seria necessário porque o contrato de locação é um contrato comutativo e o regime dos vícios redibitórios no direito brasileiro não se limita à compra e venda, como em alguns sistemas²⁴⁶, mas está contido na parte geral dos contratos.

No regime jurídico da dação em pagamento,²⁴⁷ igualmente incidirá o regime jurídico dos vícios redibitórios,²⁴⁸ não apenas porque há norma expressa neste sentido (art. 357,²⁴⁹ CC), mas porque a dação com entrega de coisa em lugar do pagamento primitivo é um contrato comutativo.²⁵⁰

É possível discutir ainda a aplicação das regras relativas aos vícios redibitórios nas hipóteses de divisão de coisa comum ou, por outras palavras, se o antigo condômino que recebe seu quinhão viciado tem ação legítima contra os demais cujos quinhões não são alvos de vício.

²⁴² Contra, à luz do regime italiano de sua época: R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 220-222, citando autores contrários a sua posição.

²⁴³ Nesse sentido, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 86, nota 2. Também admitindo expressamente a incidência do regime dos vícios redibitórios aos contratos de sociedade, O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 102; e E. MORAIS - L. P. LEME - T. S. GOMES, *Vícios redibitórios: Escolha das ações, cálculo do abatimento e disciplina dos frutos*, in *Revista Jurídica* 449 (2015), p. 42.

²⁴⁴ “Art. 568. O locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação.”

²⁴⁵ “Art. 22. O locador é obrigado a: (...) IV - responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação;”

²⁴⁶ O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 327-328.

²⁴⁷ M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 583; e t. II, p. 374.

²⁴⁸ E. MORAIS - L. P. LEME - T. S. GOMES, *Vícios redibitórios: Escolha das ações, cálculo do abatimento e disciplina dos frutos*, in *Revista Jurídica* 449 (2015), p. 42.

²⁴⁹ “Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.”

À divisão de bens comuns, aplicam-se as regras da partilha de herança, nos termos do art. 1.321,²⁵¹ CC, dentre as quais há norma segundo a qual a partilha deve dar-se com a maior igualdade possível em termos de valor, natureza e qualidade (art. 2.017,²⁵² CC). A partilha pode dar-se de modo consensual, quando será fruto de um negócio jurídico celebrado entre os condôminos, caso em que não há razão para negar a aplicação da teoria dos vícios redibitórios ao contrato, quando uma das partes recebeu parcela da coisa dividida com vício oculto, hipótese em que poderá exigir uma nova divisão para igualação dos quinhões ou indenização em dinheiro para o mesmo fim.²⁵³

É certo que não há propriamente contrato comutativo, na hipótese de não ser pacífica a divisão, mas judicial; todavia a discussão permanece mesmo nesta hipótese, uma vez que não se teria observado a igualdade de natureza e valor em relação à parcela daquele que recebeu coisa viciada.

Contudo, nesta hipótese, cuidando-se de processo de jurisdição contenciosa, a sentença formará coisa julgada material e, a partir dela,

²⁵⁰ O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 247.

²⁵¹ “Art. 1.321. Aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (arts. 2.013 a 2.022).”

²⁵² “Art. 2.017. No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível.”

²⁵³ O. GOMES produziu parecer específico sobre o tema, analisando uma hipótese de vício de quantidade em uma partilha promovida em um inventário. (*Inventário. Compra e venda. Partilha - Imóvel atribuído a viúva meeira - Venda ad corpus feita por esta - Excesso de área verificado posteriormente - Pretensão de herdeiros sobre esse excesso - Inteligência do artigo 1.136 do Código Civil - Nulidade de partilha impossível com fundamento em erro, pelo decurso do tempo - Imóvel - Negócio ad corpus - Como se caracteriza e como se distingue do negócio ad mensuram - Aplicação do artigo 1.136 do Código Civil exclusivamente a contrato de compra e venda - Invocação descabida contra partilha em inventário* in R. DIP - S. JACOMINO (orgs.), *Doutrinas essenciais: Direito registral*, v. III, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 1.395-1.403). Disse expressamente “A disposição do art. 1.136 do Código Civil aplica-se unicamente às vendas de imóvel.” (op. cit., p. 1.395), esclarecendo que as consequências do dispositivo (resolução do contrato ou abatimento proporcional do preço) não seriam de aplicação possível na hipótese da partilha.

Assim não parece, contudo, na hipótese de vício redibitório. Isso porque o pressuposto do parecer é que o herdeiro recebe coisa discriminada e certa, segundo o valor fixado na avaliação (op. cit., p. 1.402). Ora, se a avaliação mostra-se equivocada à luz do aparecimento do vício oculto no momento da sua realização, não parece haver razão jurídica que legitime o afastamento do regime dos vícios, desde que todos os seus demais pressupostos estejam presentes. No mais, não há como não se ver na partilha, sobretudo amigável, um negócio jurídico comutativo em que o quinhão de um participante corresponde igualmente ao valor do quinhão de cada um dos demais.

imutabilidade da divisão, exceto eventual hipótese de ação rescisória, enquanto não superado o prazo para sua interposição.²⁵⁴

A rigor, poder-se-ia pensar na divisão de coisa comum sob a perspectiva da permuta,²⁵⁵ quando se aplicariam as normas da compra e venda e, portanto, indiscutivelmente o regime dos vícios ocultos (art. 533,²⁵⁶ CC).

Também no contrato de empreitada incide o regime jurídico dos vícios redibitórios.²⁵⁷

3.1.1. Contrato de prestação de serviços

O regime jurídico dos vícios redibitórios, à primeira vista, não incidiria sobre os contratos de prestação de serviços, uma vez que pressupõe a entrega de uma coisa.

O próprio art. 441, CC, indica essa solução ao mencionar “a coisa recebida”, omitindo referência a serviço.

A dúvida surge quando a obrigação de fazer confunde-se com uma ação do devedor que, descumprindo-a ou não a cumprindo nos termos contratuais, geraria, em princípio, seu inadimplemento. Por exemplo, alguém contrata outra pessoa para encenar uma peça teatral, observando as instruções

²⁵⁴ Sobre o tema, deve-se considerar em tese possível o cabimento da ação rescisória por violação ao art. 966, incs. V, VII ou VIII. No primeiro caso, afirmando-se a violação frontal e manifesta ao dever de igualdade dos quinhões no que tange ao valor e à qualidade (“V - violar manifestamente norma jurídica;”), no segundo, alegando-se falsidade de informações acerca dos bens a ser partilhados (“VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;”) e no último baseando-se em erro de apreciação das provas dos autos, geradora de erro de fato, quando os elementos que levaram ao erro já estiverem no processo (“VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.”). Dado os limites da presente pesquisa, mais não se aprofundará sobre o tema, evitando-se incursões em seara alheia ao objeto de pesquisa.

²⁵⁵ Sobre a incidência do regime dos vícios no contrato de permuta: O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 102; W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 37; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 374; e E. MORAIS - L. P. LEME - T. S. GOMES, *Vícios redibitórios: Escolha das ações, cálculo do abatimento e disciplina dos frutos*, in *Revista Jurídica* 449 (2015), p. 42.

²⁵⁶ “Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.”

²⁵⁷ W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 67; e O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 102.

do contratante quanto a figurino, elenco, linguagem. No dia da apresentação, as instruções não são seguidas e o espetáculo é apresentado de modo diverso do pretendido. Neste caso, haveria nítido inadimplemento contratual.

Contudo, não se pode negar a incidência do regime dos vícios redibitórios quando o fazer implicar na produção de um resultado palpável, como se dá com a empreitada.

Por exemplo, alguém é contratado para realizar a pintura de um automóvel antigo, com o fim de seu proprietário obter uma placa de colecionador. Para isso, o funileiro deverá utilizar-se de uma tinta específica, com determinada pigmentação e o faz. Passados meses, a pintura mancha, em razão de um defeito oculto na tinta que só na intempérie se manifestou. Não houve vício na prestação de fazer, logo, não houve inadimplemento contratual. Contudo, o resultado mostrou-se viciado, devendo a pintura ser refeita com nova tinta ou o dinheiro ser restituído.

Assim, a análise sobre a possibilidade de incidência ou não do regime dos vícios redibitórios às obrigações de fazer é casuística, não se devendo negá-la aprioristicamente, embora só possa incidir nas obrigações em que o fazer produza uma coisa.²⁵⁸

3.1.2. Vício redibitório e pessoa

O CC é expresso em dizer que a coisa de um contrato comutativo pode ser enjeitada, aqui incluído o resultado do serviço como visto no item anterior, de modo que não se poderá falar em vício redibitório no caso de pessoas.

Desse modo, não se poderá resolver ou reduzir o preço de um contrato, pelo regime dos vícios redibitórios, quando o seu objeto foi uma pessoa, o que se dá no caso da contratação de atletas profissionais.

Na negociação entre clubes, definido o preço do passe do atleta, submetido este a exames admissionais e celebrado o ajuste, eventual lesão

²⁵⁸ Contrariamente, afirmando a impossibilidade de incidência dos vícios redibitórios a todas as obrigações de fazer: G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), p. 277.

oculta e não detectada não permitirá a veiculação das ações edilícias, que só têm incidência sobre coisas.²⁵⁹

Note-se que a lei é expressa em dizer “coisa” e, mais que isso, a incidência sobre uma pessoa a reduziria de importância no plano ontológico, não podendo ser “coisificada” a pessoa humana, causa e fim do direito.

3.1.3. Negócio decorrente de hasta pública

O revogado CC/16²⁶⁰ previa expressamente a impossibilidade de reclamar-se pelos vícios redibitórios apresentados por coisa alienada em hasta pública.²⁶¹ O CC atual nada diz sobre o tema, do que decorre, implicitamente, a sua incidência plena, não parecendo tratar-se de omissão, mas sim de rompimento proposital com o regime.²⁶²

Esta conclusão se reforça quando se observa o regime destinado à evicção. Isso porque a mesma problemática, referida anteriormente quanto aos dotes, aqui se observa.

O art. 447, CC, dispõe que a garantia contra a evicção subsiste mesmo em caso de aquisição da coisa em hasta pública.²⁶³ Ora, não há razão para que se afaste a incidência do regime dos vícios redibitórios das aquisições feitas em hasta pública.

Se o regime dos vícios objetiva manter a equivalência das prestações das partes em uma negociação paritária, evitando-se enriquecimento indevido, nada justifica a exclusão da responsabilidade pelos vícios redibitórios nas aquisições em hasta pública, quando a responsabilidade pela coisa na alienação

²⁵⁹ A. H. P. VALE, *Dos vícios redibitórios* in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 8 (1979), p. 83.

²⁶⁰ E antes dele, o projeto de A. COELHO RODRIGUES (art. 638) e de H. M. INGLEZ DE SOUZA (art. 738).

²⁶¹ “Art. 1.106. Se a coisa foi vendida em hasta pública, não cabe a ação redibitoria, nem a de pedir abatimento no preço.”

²⁶² A. V. AZEVEDO afirma expressamente que a omissão é um rompimento com o regime anterior, cuja limitação era ilógica (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: Curso de direito civil*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 96). No mesmo sentido, J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 136-138.

²⁶³ “Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.”

forçada deveria ainda ser mais rigorosa, uma vez que o arrematante é terceiro de boa-fé que contribui para a efetivação do processo judicial.²⁶⁴

É verdade que a doutrina produzida à luz do CC/16 justificava a não incidência do regime nas compras realizadas em hasta pública porque a venda era compulsória²⁶⁵, o que é absurdo, já que o arrematante não era obrigado a comprar a coisa, fazia-o porque lhe interessava pagar menos em regime de leilão e mediatamente porque auxiliava a realização do direito pelo poder público, não havendo razão para não ser protegido.

Para outros, a razão era a publicidade que envolvia o ato de alienação em leilão judicial.²⁶⁶ A publicidade da execução e a chamada de compradores para a realização do direito material, por si, não legitima logicamente o afastamento da regra, se o vício é oculto por conceito.

Outros concordam que não há razão legítima para a distinção, como H. PAGE, para quem o único motivo da exceção legal, que também há no CC Bel.,²⁶⁷ é o interesse prático.²⁶⁸

Também o *Code Civil* possui esta regra.²⁶⁹ Explica-lhe o conteúdo A. COLIN e H. CAPITANT de modo dúplice. Primeiro, a regra existiria em razão da publicidade conferida às vendas judiciais e, em segundo lugar, do interesse dos credores de serem reembolsados, não podendo ficar a venda condicionada à eventual anulação.²⁷⁰

Nenhuma das explicações justifica porque o arrematante deve sofrer eventual prejuízo decorrente de um vício redibitório, exatamente porque, ao que

²⁶⁴ Com razão, G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), pp. 282-283.

²⁶⁵ O. GOMES, *Contratos*, 12^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 105.

²⁶⁶ W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39^a ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 72-73. Esclarecia o autor que a exceção só se justificava nas alienações compulsórias (v.g. alienação de bens vinculados, de bens pertencentes a interditos e a tutelados). Nas vendas públicas decorrentes da conveniência das partes, não haveria razão para incidência da exceção.

²⁶⁷ “Art. 1.649 Elle n’a pas lieu dans les ventes par autorité de justice.”

²⁶⁸ *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, t. 4, Bruxelles, Émile Bruylant, 1951, p. 201-202.

²⁶⁹ “Art. 1649 Elle n’a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice.”

²⁷⁰ *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, 10^a ed., Paris, Dalloz, 1953, p. 615-616.

parece, não há justificativa, mas mera explicação de uma norma posta que, no sistema brasileiro, não existe mais.²⁷¹

Nesse sentido era o Projeto de Código Civil de J. FELÍCIO DOS SANTOS, cujo art. 1.923 previa a responsabilização do proprietário da coisa alienada e dos que participaram do preço.²⁷²

Assevera o autor em seus comentários que a razão da exceção contida desde antes na lei romana (e que foi levada aos Códigos) era o fato da venda não ser realizada pelo proprietário, mas pela Justiça, aliada à publicidade do ato de venda. Ao primeiro argumento, afirma que sua base é meramente o brocardo latino *dura lex, sed lex*. Ao segundo, diz que quem assim pensa ignora que os vícios sejam ocultos, isto é, não podem ser conhecidos por simples inspeção.

O projetista discute ainda o argumento de que nas vendas judiciais o preço seria reduzido, ao que responde ser a razão do leilão público exatamente obter o maior preço, o que torna o argumento ilógico. Por fim, afasta a alegação do interesse do credor na execução e da dificuldade que haveria para reaver dele o preço recebido, sustentando que tal argumento não é jurídico, sendo até imoral, pois uns se beneficiariam do mal dos outros.²⁷³

3.2. Prejuízo ao uso da coisa ou diminuição considerável de seu valor

Para que incida o instituto do vício redibitório, é preciso que o defeito que atinge a coisa tenha relevância, tornando-a imprópria para o fim a que se destina ou diminuindo-lhe consideravelmente o valor.

²⁷¹ Sustentando a permanência, mesmo na omissão legislativa, da não incidência do regime dos vícios redibitórios nos negócios decorrentes de hastas públicas “porque o ato negocial se opera por força de decisão judicial” e porque “o pagamento feito destina-se à composição da dívida do alienante para com seus credores”, sem desenvolver as razões dessas justificativas; e sem razão, F. GABURRI, *Vícios redibitórios e vícios do produto: Confrontações entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*, in G. M. F. N. HIRONAKA - F. TARTUCE (coords.), *Direito contratual - Temas atuais*, São Paulo, Método, 2008, pp. 384-385.

²⁷² “Art. 1923. - Nas vendas judiciais responde pelos vícios da coisa o seu dono, e, na falta deste, os que participarão do preço.” (*Projecto do Código Civil brasileiro e commentario*, t. IV, Rio de Janeiro, Laemmert & C., 1886, p. 78).

²⁷³ Op. cit., pp. 78-79.

A retirada de utilidade da coisa deve ser vista de modo subjetivo, isto é, segundo a teoria subjetiva antes mencionada.²⁷⁴ Por exemplo, a locação de uma caneta para uma exposição apenas não impõe a necessidade de que o instrumento seja capaz de escrever, não sendo, sob esta perspectiva, defeituosa quando locada apenas para uma mostra de canetas. Por outro lado, a compra de um relógio que não mostra as horas precisamente, atrasando ou adiantando, configura vício oculto quando tiver sido adquirido para utilização ordinária.

Em suma, o prejuízo à utilização da coisa enfrenta necessariamente o problema da casuística, não sendo possível criar regras *a priori*, senão à luz de um caso concreto.

Embora se possa pensar que todas as vezes que uma coisa não servir ao uso a que se destina terá o seu valor diminuído, a verdade é que, quando a coisa puder ter sua finalidade intrínseca alterada, poderá ocorrer exatamente o inverso; ainda que aquela seja a regra.

Pode-se exemplificar a regra pela caneta de duas cores, em que uma não funcione. O instrumento de escrita tem sua utilidade reduzida pela metade, mesmo que seu valor não seja reduzido pela metade do preço pago, uma vez que continua a ser diferente de uma caneta de uma única cor, sobretudo se puder ser reparada e retornar a escrever, pago o conserto, com ambas as cores.

Um exemplo da exceção: James Marshall Hendrix, nascido Johnny Allen Hendrix e conhecido mundialmente como Jimi Hendrix, em 31 de março de 1967, em show realizado no Astoria Theatre, em Londres, ateou fogo em sua guitarra durante a apresentação. Se acaso a sua guitarra não servisse mais para ser tocada como instrumento musical, teria perdido sua utilidade intrínseca inegavelmente, mas nem por isso terá referida guitarra perdido valor, uma vez que, tendo sido alvo da celebração pirotécnica do guitarrista, seus “destroços” passariam (como passaram) a ser cultuados por fãs em todo o mundo, elevando o preço do instrumento deteriorado pelo mesmo fato de sua parcial destruição.

Assim, a relação utilidade x preço deve ser vista com reservas, sempre à luz do caso concreto, segundo o prudente arbítrio do juiz.

²⁷⁴ O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 302-303.

Por outro lado, a diminuição do valor da coisa igualmente configuraria vício oculto, contudo, não há como diminuir-se o valor sem diminuir a utilidade, entendida esta como a possibilidade de geração de algum proveito pela coisa.

Neste aspecto, é interessante o ponto de vista de F. C. PONTES DE MIRANDA, para quem o vício redibitório é a falta ou o acréscimo de elemento ao objeto que lhe retira “algo do valor de aproveitamento, ou que o retira”²⁷⁵ por inteiro, misturando a diminuição de utilidade não com o valor pecuniário da coisa, mas com seu valor de (utilidade) aproveitamento.²⁷⁶ No mesmo sentido é a explicação de G. BAUDRY-LACANTINERIE e L. SAIGNAT, para quem a diminuição considerável refere-se à vantagem que se pode obter do seu uso.²⁷⁷

A dificuldade em imaginar a hipótese em que há diminuição do valor sem perda da utilidade está em pensar em casos que à toda evidência configurariam o instituto do erro (cuja distinção será aprofundada em momento próprio). *E.g.* adquiriu um faqueiro dourado acreditando ser de bronze as peças, mas eram de uma liga qualquer igualmente resistente. Neste caso, o faqueiro mantém sua utilidade inata, mas o valor foi inegavelmente diminuído, porém, o comprador não teria celebrado o negócio se conhecesse a realidade do material, o que se afina ao instituto do erro e torna o negócio anulável, mas não diz respeito ao instituto do vício.

Mesmo nas hipóteses em que não incide o instituto do erro, não há como dissociar-se o valor da utilidade.

Por exemplo, alguém adquire um terreno no interior, que contém um pequeno regato cujas águas não são navegáveis ou potáveis, mas que apenas embelezam a paisagem do sítio. Meses depois da tradição, a água deixa de correr no regato, porque o lençol freático que o sustentava nos últimos anos foi secando e desapareceu após a conclusão do negócio. Ora, a utilização do

²⁷⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 148.

²⁷⁶ E. PACIFICI-MAZZONI fala em utilidade que compõe o valor: “*dare quelle utilità che ne costituiscono il valore: giachè per questi intenti appunto il compratore l'acquista, e paga il prezzo in equivalenza del valore della cosa medesima.*” (*Il Codice Civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, 6ª, 7ª e 8ª ed., rev. e cor. G. VENZI, v. 12, Torino, Torinese, 1929, p. 476).

²⁷⁷ G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teórico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], p. 435.

terreno em si poderia parecer que mantém a mesma utilidade à primeira vista, mas dele não se pode mais retirar a beleza do regato, de modo que esta utilidade, sob a perspectiva da contemplação, foi perdida. Neste caso, havendo manifestação expressa das partes quanto ao regato para fixação do preço, este deverá ser diminuído proporcionalmente à perda dessa utilidade específica, ainda que inútil para eventual outro comprador, lembrando que o vício do objeto deve ser visto sob a ótica subjetiva.

Tenha-se ainda um exemplo de diminuição do valor da coisa que parece permitir conclusão diversa, mas que quando bem analisado a confirma: um abade adquire uma centena de castiçais de prata, desejando-os exatamente de prata, sem especificar sua qualidade, para utilizá-los na liturgia. Recebe a centena de castiçais de prata, cujo metal é de qualidade inferior à ordinária, ainda que também sejam de prata, de modo a preservarem sua exata utilidade. O grama do metal ordinário tem preço trinta por cento mais caro que aquele entregue. Neste caso, haveria diminuição considerável do preço, sem diminuição da utilidade. Todavia, esta conclusão é correta apenas aparentemente, porque quando as partes não especificam a qualidade e a destinação da coisa negociada, o vício redibitório é analisado sob a teoria objetiva e sob esta, a entrega de prata inferior é inegavelmente vício redibitório, pois não era essa a qualidade que vulgarmente se esperava de castiçais de prata. Ademais, o metal inferior terá durabilidade reduzida quando comparado com a prata ordinária, afetando sua utilidade, portanto.²⁷⁸

Assim, a ressalva da lei, separando a diminuição do valor da redução de utilidade pelo disjuntivo “ou” parece servir apenas como argumento de reforço, mesmo se se adotar a posição pontiana que vê no substantivo “valor” aspecto de aproveitamento (advérbio análogo ao adjetivo útil).

3.3. Vício oculto

O vício redibitório é aquele que é oculto. Oculto é o defeito que não pode ser percebido imediatamente pelos sentidos humanos. Não será oculto o

²⁷⁸ O vendedor é responsável pela qualidade do material de que é feita a coisa, cuidando-se de vício redibitório. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 96.

vício aparente ou de fácil constatação, ou seja, aquele que para ser descoberto basta o mero contato com a coisa.²⁷⁹

Neste caso, ao lhe ser ofertada a coisa, deverá o credor recusá-la, hipótese em que o devedor terá inadimplido sua prestação ou poderá recebê-la ressaltando a existência do defeito, para reclamá-lo oportunamente, sob pena de não poder fazê-lo posteriormente.

Note-se, ademais, que nas relações civis, os vícios de fácil constatação não precisam ser declarados pelo vendedor, exceto quando o comprador não tem condições de percebê-lo por suas condições particulares (em decorrência da boa-fé objetiva); o que não vale para o direito do consumidor, ressalte-se, em cujo regime jurídico o dever de informar do fornecedor é mais intenso e grave e deve ser ativamente realizado pelo fornecedor do produto ou do serviço (art. 4º e art. 6º, III, CDC²⁸⁰).

Importa notar ainda que se deve tutelar a confiança do vendedor que aliena coisa com defeito aparente ou conhecido²⁸¹ da outra parte e, em razão disso, espera não ser responsabilizado por ele.²⁸² Se o vício é aparente, a recepção da prestação implica no reconhecimento de que o credor a desejou tal qual recebeu.²⁸³ Mais do que isso. Se o vício é contemporâneo à proposta, não se pode afirmar a falta de qualidade da coisa, previamente examinada pelo comprador, ou cujas condições foram expressamente descritas e declaradas na

²⁷⁹ J. R. POTHIER, *Traité du contract du vente selon les regles tant du for de la conscience, que du for exteérieur*, t. I, Paris, Chez Debure, 1781, pp. 218-219; e G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teorico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Saffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], pp. 438-440.

²⁸⁰ Sobre o tema dever de informar nas relações de consumo: S. CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 34-36.

²⁸¹ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 100.

²⁸² K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. II, p.1, 13ª ed., München, Beck, 1986, p. 48.

²⁸³ O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 102; e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 95, entre outros.

“Se o comprador não faz prova do mau estado da mercadoria recebida, não providencia sua verificação judicial, nem dá o aviso legal ao vendedor, é responsável pelo pagamento do seu valor” (RT 186/819).

oferta. Se Ihe é posterior, a aceitação sem ressalvas equivale à renúncia do direito de reclamá-los.²⁸⁴

Evidentemente, o devedor da prestação não estará livre de sua responsabilidade se garantiu ao credor a inexistência dos defeitos, o que incute no credor a desnecessidade de ressaltar o defeito.²⁸⁵

Entre a categoria de vício oculto, de percepção impossível (e.g. uma doença latente em um animal, que se manifestará apenas no futuro, não detectável sequer por exames clínicos ordinários até sua manifestação) e a do vício aparente (v.g. um espelho trincado) há uma zona cinzenta na qual há vícios que seriam perceptíveis com um cuidado ordinário, uma diligência mínima (p.e., um livro em que uma das páginas está com a impressão errada) e outros que dependeria de uma análise mais aprofundada, talvez até por um especialista.

Afirmam G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT que não há vício oculto quando o comprador deva se prevenir quanto a eles, segundo a natureza da coisa adquirida e os usos do local, adotando as precauções próprias do tipo de negócio celebrado e do local onde realizado.²⁸⁶

²⁸⁴ Cuida-se de uma hipótese em que o silêncio é relevante, equivale à manifestação de vontade. Não se nega a máxima segundo a qual “*qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*”. (D, 50, 17, 142) ou quem cala não fala, mas também não nega que se referia à *interrogatio in iure* (M. M. SERPA LOPES, *O silêncio como a manifestação da vontade*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 12), mas é preciso reconhecer que em dadas circunstâncias o silêncio revela a prova do intuito do envolvido (C. FERRINI, *Manuale di pandette*, 4ª ed., Milano, Libreria, 1953, p. 119), sobretudo quando havia razões poderosas a impor o dever de falar - rejeitar o bem ou o serviço defeituoso ou ressaltar o defeito.

A norma está atualmente positivada no art. 111, CC: “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.” Cf. sobre o tema M. B. FELIZOLA, *Quem cala consente? O silêncio como manifestação de vontade no direito comparado*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 4 (2015), pp. 41-44, especialmente, inclusive com análise do Código Civil direito argentino (pp. 44-48).

²⁸⁵ P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 442.

²⁸⁶ O exemplo que dão é da compra e venda de vinhos. Sendo conhecimento ordinário que o vinho tem predisposição à deterioração, fermentação etc., deve o comprador prevenir-se contra eventuais danos. Do contrário, em verdade, ao adquirir uma garrafa de vinho, estará celebrando um contrato aleatório (*Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teorico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], pp. 441-442; 449-453).

M. A. SOUSA dá conta de três modos de se vender vinho, segundo o direito romano, acolhidos pelas Ordenações do Reino: i) venda a contento, isto é, sob a condição do comprador provar e gostar; ii) por grosso, a olho ou montão, denominada juridicamente de venda por aversão; e iii) por quantidade de almudes (*Dissertação VII - Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos - Exposições especial da Ord., L. 4, T. 8, §§ 5 e 6 e de outras mais*, in *Fascículo de dissertações jurídico-práticas*, t. I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, pp. 326-327). Em relação ao primeiro, afirma expressamente que qualquer comprador de vinhos seria muito insensato se o

A diligência no exame da coisa recebida deverá, à toda evidência, ser a ordinária, de pessoa prudente.²⁸⁷

Também serão ocultos os defeitos ou vícios ocultados ou disfarçados propositalmente pelo alienante, mas neste caso, será preciso diferenciar duas hipóteses.

Se assim agindo ocultou elemento essencial do objeto do negócio, não incidirá o regime jurídico dedicado aos vícios redibitórios, uma vez que haverá vício do consentimento a invalidar o ato em seu nascimento, precisamente o vício do dolo.²⁸⁸ Se sua conduta, entretanto, ocultou aspecto não essencial do objeto do negócio, incidirá o regime jurídico dos vícios redibitórios. Não parece possível afirmar que todas as vezes em que houve ocultação do defeito pelo alienante, haverá sempre vício redibitório.²⁸⁹

Os vícios aparentes, por sua vez, são aqueles que impressionam os sentidos imediatamente, conhecidos pelo mero contato com a coisa, bem como aqueles que sem esforço e com atenção ordinária podem ser percebidos pelo homem comum.²⁹⁰ Daí o alerta de ULPIANO, para quem o edito edilício é aplicável àquelas enfermidades e vícios que alguém ignorou ou podia ignorar.²⁹¹

adquirisse por preço certo sem primeiro os provar e gostar. Cuidando a primeira hipótese de venda condicional, com a prova e aceitação, haverá exame da coisa.

²⁸⁷ Sobre o dever de diligência próprio, afirmou J. E. M. PORTALIS: “*L’office de la loi est de nous protéger contre la fraude d’autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S’il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu’une longue et honteuse minorité; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition.*” (*Discours préliminaire prononcé par Portalis le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement*, Amsterdam, De academische Boekwinkel, 1948, p. 40).

No mesmo sentido, K. LARENZ, ao afirmar que se equipara ao conhecimento do vício o comportamento negligente do credor da prestação (*Lehrbuch des Schuldrecht*, v. II, p. 1, 13ª ed., München, Beck, 1986, p. 48). Cf. ainda G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAINAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l’échange* (1900), *Trattato teórico-prático di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], pp. 440-441.

²⁸⁸ L. CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1950, p. 450.

²⁸⁹ Nesse sentido, porém, sem razão, P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 175.

²⁹⁰ O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, p. 303.

²⁹¹ D, 21, 1, 14, 10: “...*ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit.*”, cuja tradução é: “...pois o edito dos edis deve ser considerado aplicável aos defeitos e doenças que o comprador ignorava ou podia ignorar.” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 54, nota 28).

Também será aparente o vício declarado pelo alienante e aquele conhecido por qualquer forma anterior pelo adquirente. Em verdade, o vício conhecido pode não ser aparente, mas o regime jurídico a ele reservado é dos vícios aparentes.

3.3.1. Dever de examinar a coisa no contrato de empreitada

O adquirente, ao receber qualquer coisa, deve examiná-la, segundo o que foi dito, por uma diligência ordinária.

Há, contudo, uma disciplina específica do tema, no que tange ao contrato de empreitada.

Se a obra consistir em partes distintas ou, por sua natureza, for daquelas que se determinam por medida, o empreiteiro tem o direito de exigir que se verifique a obra por medida, segundo as partes em que se dividir (art. 614, CC), presumindo-se que o que se pagou foi verificado (art. 614, §1º, CC).

Neste caso, o dono da obra deve diligenciar na verificação dela passo a passo, não sendo obrigado a pagar pelas porções entregues caso haja defeito. O pagamento, na hipótese, equivale à verificação e à aceitação, não podendo mais reclamar pelos vícios que sua diligência ordinária deveria ter captado.

Além disso, passados trinta dias de cada medição, presume-se que referida porção foi verificada e aceita, se, nesse prazo, não forem denunciados defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização (art. 614, §2º, CC).

Por fim, o dono da obra, nos contratos de empreitada de edifícios ou construções consideráveis, decairá do direito de reclamar os vícios ou os defeitos ocultos no prazo de cento e oitenta dias de seu aparecimento (art. 618, parágrafo único, CC).

3.3.2. Dever de examinar a coisa no contrato de locação

Como no contrato de empreitada, o contrato de locação impõe ao locatário o dever de verificação da coisa antes de assumir sua posse direta. Isso porque é seu dever restituir a coisa no estado em que a recebeu (art. 23, III, Lei nº 8.245/91 e art. 569, IV, CC).

Em razão desse dever, o locatário pode exigir do locador, antes de instalar-se no imóvel ou de receber a coisa móvel, que este lhe dê uma

declaração escrita do estado em que a coisa se encontra, para servir de prova no momento em que for restituí-la ao senhorio (art. 22, II, Lei nº 8.245/91).

Referida diligência servirá não apenas para garanti-lo no momento da devolução da coisa, mas também para exigir do locador que responda pelos vícios não constantes da vistoria.

Ora, se o locador é responsável pelos vícios ocultos (art. 22, IV, Lei nº 8.245/91 e art. 568, CC) e sua primeira e mais importante obrigação é entregar a coisa em estado de servir ao uso a que se destina (art. 22, IV, Lei nº 8.245/91 e art. 566, inc. I, CC), todos os defeitos anteriores à locação (à posse direta) não colocados na vistoria ou na declaração dada pelo locador serão vícios ocultos, capazes de legitimar o locatário a desfazer o negócio, exigir a diminuição da locação ou o seu reparo às expensas do locador.

3.4. Gravidade do vício

Também no regime jurídico dos vícios redibitórios incide a razão da máxima *de minimis non curat praetor*²⁹² ou *propter minimam causam, res inempta fieri non debet*.²⁹³

A simples existência de um vício oculto não é suficiente para implicar na incidência do regime jurídico aqui discutido.

O vício ou o defeito deve ser de tal monta que afete o equilíbrio econômico do contrato, que atinja a equivalência das prestações, alterando-a em prejuízo de uma das partes do negócio.²⁹⁴

A análise sobre a relevância do defeito no objeto deve ser subjetiva à luz do negócio celebrado, de modo que a vastidão de hipóteses é infinita (e.g. a compra de um livro escolar qualquer em que uma página está amassada sem prejuízo de sua integridade e leitura, é irrelevante; mas se o livro é um volume raríssimo, em que há apenas poucas unidades no mundo, o vendedor é um famoso alfarrabista e o comprador um grande colecionador, o defeito pode diminuir o preço do objeto no mercado de colecionáveis e ser absolutamente

²⁹² C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Commentario Alle Pandette*, trad. ital. de S. Perozzi - P. Bonfante, v. XXI, Milano, Società Editrice Libreria, 1898, p. 40.

²⁹³ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 97.

relevante sob a ótica dos contratantes, sobretudo se houver a ressalva das qualidades de perfeição do objeto na proposta).

Subjetivamente o defeito deve ser relevante,²⁹⁵ pois não sendo, a oposição de exceção de contrato não cumprido ou a recusa no recebimento da prestação pode configurar verdadeiro abuso de direito por violação da boa-fé (art. 187, CC). O mero capricho não deve ser protegido.

Há quem sustente a existência de uma tricotomia sobre a gravidade dos vícios, os vícios graves, os vícios não graves e os vícios insignificantes,²⁹⁶ no âmbito do direito do consumidor, à luz do §3º,²⁹⁷ do art. 18, CDC. Sem razão, contudo, para referida distinção. O §3º, ao não impor ao consumidor o ônus de aguardar por trinta dias a solução do problema pelo fornecedor, não alterou o conceito relativo à gravidade do vício. Apenas afirmou que não sendo possível a correção do vício de modo adequado - sendo esta a solução desejada pela lei, para manutenção do ajuste - o consumidor pode desde logo valer-se das ações edilícias ou pleitear a substituição do produto ou serviço por outro sem o vício. O vício é o mesmo, o que se alterou não foi este, nem os remédios disponíveis ao consumidor, mas apenas o momento de sua incidência, o que não parece ser relevante para sua definição, por levar em conta fator externo a ela e ao conceito do tipo.

3.5. Anterioridade do vício

O momento da celebração do negócio comutativo determina o que é o objeto do negócio jurídico. Acordes as partes sobre a natureza do objeto, sua

²⁹⁴ S. S. VENOSA, *Direito civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 585.

²⁹⁵ É desta natureza o vício que afeta a tomada de decisão do prejudicado. G. J. NANA, *La réparation des dommages causes par les vices d'une chose*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1982, pp. 82-83.

²⁹⁶ P. J. S. GUIMARÃES critica a posição pontiana (*Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 180).

²⁹⁷ “§1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. (...) §3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do §1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.”

quantidade, qualidade, conteúdo, medida, finalidade etc., escolhido estará o objeto do negócio jurídico.

Se no momento da celebração do negócio a coisa objeto dele está viciada, duas hipóteses são possíveis, ou o vício é sanável, podendo o devedor eliminá-lo antes da prestação e nenhuma relevância terá, ou ele é de correção impossível, caso em que haveria impossibilidade do objeto da obrigação e sua resolução (art. 235, art. 238, art. 248 e art. 250, CC).

O momento em que a prestação ocorre, isto é, o instante em que a posse é outorgada com ou sem transmissão da propriedade é o que determina se o objeto é ou não viciado.²⁹⁸

Cuida-se de interpretação literal da regra contida no art. 441, CC, que utiliza o verbo receber para se referir aos vícios redibitórios: “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enfeitada por vícios ou defeitos ocultos...” A mesma redação era utilizada no art. 1.101, CC/16.

No caso de remessa da coisa sem a transmissão dos riscos, somente a partir da transferência deles tem-se a irresponsabilidade do devedor, de modo que apenas no momento em que a coisa for efetivamente recebida surge o suporte fático capaz de fazer incidir o regime jurídico dos vícios redibitórios.

Ademais, havendo mora do credor, o vício gerado ao tempo da mora, ainda que por caso fortuito ou força maior, não permite a recusa do recebimento da coisa pelo credor (art. 401, inc. II, CC).

Entretanto, apenas para que se complete o estudo do tema, importa consignar que sempre se teve como momento decisivo para a apreciação da existência do vício oculto, o momento da conclusão do contrato,²⁹⁹ em face de interpretação dada às fontes de direito romano (D, 21, 1, 54³⁰⁰ e C, 4, 58, 3³⁰¹).

²⁹⁸ Sem razão, G. P. SILVA, para quem “como se trata de defeito preexistente o entendimento adequado é de que o vício já existia à época da negociação em que se deu a tradição, mas somente ainda não se tinha demonstrado.” (*Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), p. 272). Confunde referido autor o vício em latência com o momento da verificação da existência do vício redibitório.

²⁹⁹ C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Commentario Alle Pandette*, trad. ital. de S. Perozzi - P. Bonfante, v. XXI, Milano, Società Editrice Libreria, 1898, pp. 46-47.

³⁰⁰ D, 21, 1, 54: “*Actioni redhibitoriae non est locus, si mancipium bonis condicionibus emptum fugerit, quod ante non fugerat.*”, cuja tradução livre é a seguinte: “Não há lugar para a ação redibitória se o escravo comprado em boas condições fugir, embora antes nunca tenha fugido.”

³⁰¹ C, 4, 58, 3: “*Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emptoris pertinet. 1. Sin*

A expressão *cum veniret* contida em D, 21, 1, 1, 1 referir-se-ia aos *dicta et promissa* e não aos vícios ocultos, importando o momento da assunção da garantia apenas em relação àqueles, mas não em relação aos vícios.³⁰²

F. PRINGSHEIM publicou trabalho específico sobre o tema³⁰³ e, analisando as fontes romanas, reputou alteradas as interpretações de D, 21, 1, 19, 6³⁰⁴ e D, 21, 1, 20³⁰⁵ afirmando que o nascimento da responsabilidade do vendedor pelos vícios ocultos inicia-se com a tradição e não com a celebração do negócio, o que já fizera antes em sua obra clássica³⁰⁶ e parece ter razão.

Nada obstante, esta posição de F. PRINGSHEIM suscita discussões no âmbito do direito romano, como se depreende da obra de N. DONADIO,³⁰⁷ mas

autem venditor non vitiosum etiam in posterum fieri servum temere promiserit, quamvis hoc impossibile esse videtur, secundum fidem tamen antecedentis vel in continenti secuti pacti experiri posse non ambigitur: posteriores enim casus non venditoris, sed emptoris periculum spectant. 2. Verum cum servum quem comparaveras ad eum qui distraxerat redisse contendis, iudex competens perspectis omnibus pro repertae rei qualitate proferre curabit sententiam.”

“Se não se prova que o escravo havia fugido estando em poder do dono anterior, a fuga que ocorre depois da venda corresponde a prejuízo do comprador. Mas se o vendedor houvesse prometido temerariamente que o escravo não seria vicioso nem agora nem no futuro, embora considere que isso é impossível, não há dúvida, no entanto, que a ação pode ser exercida no âmbito do acordo anterior ou do que imediatamente seguiu; porque os acidentes posteriores não correspondem ao risco do vendedor, senão do comprador. Mas como assegurou que o escravo que havia comprado voltou ao poder daquele que o havia vendido, o juiz competente cuidará, tendo examinado o todo, de proferir sentença de conformidade ao que tinha averiguado.”

³⁰² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, pp. 278-279.

³⁰³ F. PRINGSHEIM, *The decisive moment for aedilician liability*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1 (1952), pp. 545-556.

³⁰⁴ D, 21, 1, 19, 6: “*Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est.*”

“O tempo para a redibição é de seis meses úteis: se não for objeto da redibição um escravo; mas o exercício da ação *quanti minoris* é de um ano útil; mas o prazo da ação redibitória corre desde o dia da venda ou se algo foi dito ou prometido, desde o momento em que algo foi dito ou prometido.”

³⁰⁵ “*Gaius libro primo ad edictum aedilium curulium Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio, Caelius Sabinus scribit ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit.*”

“Comentários ao edito dos edis curuis, livro primeiro: Mas se antes do tempo da venda houver mediado alguma coisa dita e depois, passados alguns dias, houver a estipulação, escreve Célio Sabino que pela primeira causa começa desde logo, disse, que foi vendido o escravo, podendo exercer a ação por tal motivo.”

³⁰⁶ F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1950, pp. 225-230.

³⁰⁷ *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, Giuffrè, 2004. Precisamente sobre a discussão mencionada, pp. 144-161. Cf. ainda: I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, pp. 65-66. Para alguns, o prazo iniciava-se na descoberta do vício, como para E. VOLTERRA, mas não fundamenta sua

esta pendenga foge ao escopo da pesquisa, à clareza da lei brasileira, consignando-a aqui apenas como notícia.

A responsabilidade do alienante subsistirá mesmo que a coisa venha a perecer em poder do alienatário, caso o perecimento tenha ocorrido em razão do vício oculto já existente ao tempo da tradição ou da outorga da posse (art. 444, CC).

3.6. Cláusula de exclusão da responsabilidade

O CC/16 era expresso em afirmar a possibilidade de ampliação, redução ou exclusão da responsabilidade pelos vícios redibitórios, precisamente em seu art. 1.102.³⁰⁸

O atual CC nada diz sobre o tema, criando outra incongruência com a evicção, como aquelas já mencionadas (dotes e negócios decorrentes de hasta pública), uma vez que em relação a esta o CC é expresso em permitir a exclusão, a redução ou o reforço da garantia pela evicção (art. 408,³⁰⁹ CC).

Contudo, em que pese o silêncio da lei, deve-se afirmar que a omissão implica na permissão da exclusão, da mitigação ou da ampliação da responsabilidade pelos vícios redibitórios, uma vez que ao particular é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíba (art. 5º, inc. II, CR).³¹⁰

Note-se que a utilização da cláusula de exclusão ou mitigação não poderá objetivar afastar a responsabilidade do alienante que conhecia o vício e o omitiu do adquirente, sugerindo referida cláusula para afastar a incidência do art.

posição (*Instituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1967, p. 505) e para R. MONIER, que igualmente não desenvolve as razões que o fundam (*La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, pp. 61-62). V. ARANGIO-RUIZ discorda desta última posição veementemente, sustentando que o nascimento se dá com a compra e venda e não com a tradição, explicando extensamente as razões de seu pensamento, com análise das fontes (*La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, pp. 369-371), no mesmo sentido P. JÖRS - W. KUNKEL (*Römisches privatrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1949, p. 235), que nada desenvolvem sobre a discussão.

³⁰⁸ “Art. 1.102. Salvo cláusula expressa no contrato, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime à responsabilidade (art. 1.103).”

³⁰⁹ “Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.”

³¹⁰ G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), p. 278.

443,³¹¹ CC, sob pena de invalidade da cláusula por dolo (art. 147, CC), preservando-se no mais o negócio como celebrado.

³¹¹ “Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.”

4. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS REDIBITÓRIOS

Visto o que é o vício redibitório e quais os seus requisitos, sendo incontestável a responsabilidade do alienante por eles, de *lege lata*, é preciso investigar qual o fundamento que gera referida responsabilidade legal, analisando-se as teorias sobre sua natureza jurídica.

Note-se que a natureza jurídica do vício sobre o objeto não se confunde com a natureza jurídica da responsabilidade pelo vício, sendo a definição desta da maior relevância, com o fim de definir com precisão o regime jurídico aplicável e não confundi-lo com institutos análogos.

Antes, porém, de analisar as teorias propostas pela doutrina, uma indagação preliminar se coloca, sendo necessário definir se a obrigação do alienante seria uma espécie de garantia legal ou se se trata de uma hipótese de responsabilidade civil.³¹²

A resposta dependerá de qual teoria sobre a sua natureza se adotará.

Aparentemente não haveria garantia, ao menos consensual, uma vez que a responsabilidade existe sem que o alienante se obrigue expressamente a proteger o patrimônio do adquirente por eventuais vícios ocultos da coisa. Não há contrato acessório. Além disso, responderá por eles, ainda que os ignore, agravando sua posição se os conhecer e os ocultar.

Nesse passo, poder-se-ia dizer que se trata de uma garantia legal. Contudo, mesmo essa não parece ser a melhor solução. Garantir é assegurar, proteger alguém ou alguma coisa de outrem ou de outra coisa ou evento. A consequência da responsabilidade legal pelo vício oculto não é impor ao alienante o dever de proteger o adquirente dos vícios da coisa, mas desfazer o negócio com a restituição das partes ao estado anterior ou reduzir-se o preço da coisa alienada, na medida da desvalorização; consequências diversas daquelas que ordinariamente decorrem de qualquer garantia.

O próprio art. 441, CC, não fala em responsabilidade ou garantia, mas apenas afirma que a coisa pode ser enjeitada, isto é, devolvida, restituída,

³¹² R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 106-109.

“redibindo o contrato”, podendo o adquirente, alternativamente, reclamar o abatimento do preço (art. 442, CC).

Ora, as consequências em nada se aproximam ao que se espera de uma garantia.

Poder-se-ia refutar de plano, também, o argumento que vê na hipótese espécie de responsabilidade civil subjetiva, uma vez que não há necessidade de atuação com culpa em sentido amplo do alienante da coisa viciada para este ser responsabilizado pelo vício oculto. Será responsável por ele ainda que o desconheça, de modo que não tendo vontade livre e consciente em sua atuação, inexistirá responsabilidade civil subjetiva.³¹³

O mesmo não se dá, à primeira vista, sob a perspectiva da responsabilidade civil objetiva. Inicialmente esta hipótese deveria ser afastada no que tange à reparação de danos ou prejuízos, uma vez que a responsabilidade civil imporia o dever de reparar todos os danos ocasionados à vítima e, a responsabilidade pelo vício oculto, só obrigará o alienante a devolver o que recebeu e a suportar as despesas do contrato (art. 443, CC), arcando com perdas e danos única e exclusivamente quando sabia da existência do vício ou do defeito (hipótese em que nitidamente atuou com dolo omissivo ou comissivo e se poderia falar em responsabilidade civil subjetiva).

Ora, se não responderia por perdas e danos na hipótese de desconhecer o vício ou o defeito, o instituto afastar-se-ia da responsabilidade civil ordinária, cuja medida é a extensão do dano (art. 186, art. 927, *caput* e 944, CC).

Contudo, enxergar a hipótese como uma espécie de responsabilidade civil objetiva do alienante pelos vícios ocultos, em face da imputação legislativa, é a melhor solução para o problema, vendo-se as consequências dela decorrentes como limitações legais à responsabilidade, sobretudo no que tange à reparação dos danos.

Apresentada esta introdução, passar-se-á à análise das teorias acerca da natureza jurídica da responsabilidade pelos vícios ocultos, divididas em dois grandes grupos inicialmente, em relação de gênero e espécie.³¹⁴

³¹³ C. M. S. PEREIRA, *Instituições de direito civil - contratos*, v. III, 18ª ed., atual. C. MULHOLLAND, Rio de Janeiro, Forense, 2014, pp. 109-110.

³¹⁴ W. B. MONTEIRO divide as correntes em três, uma vez que acrescenta uma categoria denominada de eclética, que pretende conciliar as teorias que consideram a responsabilidade

4.1. Teorias relativas ao inadimplemento contratual

Este primeiro grupo de teorias vê nos vícios redibitórios hipótese de inadimplemento contratual.

Neste grupo, estão as teorias que veem o fundamento da responsabilidade pelos vícios como uma consequência necessária da natureza comutativa dos negócios nos quais pode incidir.

São elas: teoria da inexecução do contrato; teoria da impossibilidade da prestação; teoria do risco relativo à coisa vendida; teoria de tripartida do vício; teoria da garantia; e teoria da violação positiva do contrato.

4.1.1. Teoria da inexecução do contrato

Esta teoria parte da concepção de J. DOMAT e J. R. POTHIER acerca das obrigações do vendedor. Afirmava o último autor que o vendedor tinha a obrigação de entregar a coisa ao adquirente isenta de vícios que lhe diminuíssem a utilidade, de modo que se poderia dizer que sua obrigação não era apenas de entregar a coisa, mas de fazê-la útil ao comprador.³¹⁵

Em razão da posição de J. R. POTHIER, passou-se a ver a responsabilidade edilícia como espécie de inadimplemento.

Se isto é verdade, não é menos certo que referido autor nunca afirmou que a responsabilidade pelos vícios ocultos decorria de um inadimplemento contratual.

como decorrência natural do contrato (inexecução, de ENDEMANN, da impossibilidade parcial da prestação) com aquelas que respeitam ao elemento subjetivo do adquirente (teoria do erro, da pressuposição e da equidade) (*Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 64-66).

³¹⁵ No original: "*Le vendeur, par la nature du contrat de vente, est tenu de garantir l'acheteur que la chose vendue est exempte de certains vices qui sont de nature à rendre inutile, ou presque inutile, ou même quelquefois nuisible, l'usage pour lequel cette chose est dans le commerce. Cette obligation est une suite de celle que contracte le vendeur de faire avoir à l'acheteur la chose vendue; car s'obliger à faire avoir la chose, dans l'intention des parties, est s'obliger à la faire utilement, puisqu'en vain l'acheteur a utilement une chose qui ne peut lui être d'aucun usage.*" (J. R. POTHIER, *Traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience, que du for exteérieur*, t. I, Paris, Chez Debure, 1781, pp. 213-214). F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 24, Bruxelles, Bruylant Christophe & Comp, 1877, pp. 271-271; O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 193-208; e P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, pp. 108-110.

Como observa A. M. M. MORENO,³¹⁶ aquele jurista não tinha a concepção moderna do dever de prestação e vinculou a intenção das partes, no contexto de sua obra, à teoria subjetiva ou concreta do vício antes estudada. Por outras palavras, J. R. POTHIER pretendeu, ao vincular a intenção das partes, afirmar que esta incorporava-se ao contrato de modo que o vício redibitório deveria ser analisado sob a perspectiva do que foi desejado e não necessariamente sob a ótica do inadimplemento.³¹⁷

Independentemente da origem da teoria e seu criador, é certo que esta teoria possui inúmeros adeptos.³¹⁸

Por esta teoria, o alienante, ao entregar uma coisa viciada, não cumpriu sua obrigação contratual que era exatamente entregar a coisa isenta de vícios. O cumprimento se dá parcialmente, equivalendo a inexecução do contrato.³¹⁹

Segundo L. CUNHA GONÇALVES “os vícios redibitórios estão rigorosamente abrangidos no princípio da inexecução do contrato.”³²⁰ No que é

³¹⁶ A. M. M. MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, in *Anuario de derecho civil* 33, 3 (1980), p. 663.

³¹⁷ Assim, parece precipitada a crítica de L. MENGONI (*Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 51, I (1953), pp. 3-4), repetida por O. S. LIMA, sem qualquer critério (*Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 189-190).

³¹⁸ Cf. a lista de autores indicados: P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 108, nota 7; e O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 195-209.

³¹⁹ E. PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice Civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, 6ª, 7ª e 8ª ed., rev. e cor. G. VENZI, v. 12, Torino, Torinese, 1929, p. 476.

³²⁰ *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, v. VIII, Coimbra, Coimbra, 1934, p. 564. O mesmo autor asseverou: “o vício oculto (...) constitui, apenas, uma modalidade de inexecução do contrato, cuja validade não fica atingida” (*op. cit.* p. 743). E. P. CRUZ, afirma expressamente que L. CUNHA GONÇALVES adota a teoria da inexecução, citando apenas o *Tratado* deste, à luz do ano de publicação de sua obra, ressalte-se (*Vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Portugália, 1942, p. 200, nota 1).

Contudo, em outra obra, o mesmo L. CUNHA GONÇALVES afirma que “a doutrina dos vícios redibitórios (...) baseia-se no princípio da pressuposição, isto é, da inexecução.” (*Da compra e venda no direito comercial brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1950, p. 446). O fato causa estranheza já que quanto à pressuposição, afirma expressamente que “a pressuposição é um bordão desnecessário, além de ter o defeito prático de não se achar consagrado pelo direito positivo, em nenhum país.” (*Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, v. VIII, Coimbra, Coimbra, 1934, p. 564). Ao que parece, referido autor misturou as teorias, mas em seu pensamento posterior adotou a teoria da pressuposição como aquela que justifica os vícios redibitórios.

acompanhado na doutrina brasileira por W. B. MONTEIRO³²¹ e S. S. VENOSA.³²² Diversos autores não tratam desta teoria.³²³

Por esta teoria, a obrigação de entregar a coisa objeto do contrato sem defeitos fundamenta a garantia contratual contra os vícios, de modo que, cuidando-se de uma falta contratual, a responsabilidade contratual pela inexecução justificaria a garantia contra os vícios.³²⁴ Fala-se em entrega de uma coisa “imune de vício”.³²⁵

Em que pese a popularidade desta teoria, sua lógica interna não satisfaz, partindo de um aspecto metodológico equivocado.³²⁶

Basta, para isso, verificar o momento em que o vício redibitório ocorre, diferenciando-o do inadimplemento ou do cumprimento defeituoso.

Até o ato da realização da prestação que tem a coisa como objeto, há inadimplemento em sentido amplo, cumprimento insatisfatório ou adimplemento ruim,³²⁷ cumprimento inexato ou má execução,³²⁸ cumprimento imperfeito,³²⁹ mau cumprimento³³⁰ ou mau adimplemento.³³¹

³²¹ *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 66.

³²² *Direito civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 580. Afirma, sem razão e de modo precipitado, referido autor na página indicada: “Muito se discute acerca da natureza jurídica dos vícios redibitórios. Participando da natureza de certas obrigações emergentes dos contratos, fundam-se, sem dúvida, no inadimplemento contratual e nas regras de boa-fé. Não há razão para maiores digressões a esse respeito.”

³²³ O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989; A. WALD, *Direito civil - Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015; e M. H. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, v. 3, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

³²⁴ B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contracts*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, pp. 82-93. O mesmo autor explica a doutrina de DOMAT e POTHIER nas pp. 83-84.

³²⁵ E. P. CRUZ, *Vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Portugalíia, 1942, pp. 200-202. Referido autor explica a teoria da inexecução, mas não a adota, afirmando expressamente que “a diferença de regimes é, pois, profunda demais para que se possa ver na execução contratual o fundamento das acções edilicianas.” (p. 202).

³²⁶ “Die ganze Diskussion darüber, ob die Gewährleistung auf einer Erfüllungspflicht beruht, ist u. E. methodisch verfehlt.” (W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 41). Citado também por L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Rivista del diritto commerciale* 51, I (1953), p. 4; este referido por O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, p. 190.

³²⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXIV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 100.

³²⁸ M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, t. I, 6ª ed., Coimbra,

A teoria dos vícios redibitórios surge após o ato da prestação realizar-se, seja com a tradição, com a outorga da posse ou a entrega do resultado do fazer, mas não antes, quando se poderá falar em cumprimento defeituoso.

Além disso, se o comprador percebe o vício antes de receber a coisa defeituosa, pode recusar o recebimento dela de modo legítimo,³³² inclusive invocando a exceção de contrato não cumprido,³³³ tendo em vista que não é obrigado a receber coisa diversa da convencionada (art. 313, CC).

Embora o conceito da exceção de contrato não cumprido (art. 476,³³⁴ CC) refira-se ao não cumprimento da prestação por um dos contratantes, o que *ictu oculi*, implicaria um juízo negativo, nada impede a aplicação do instituto na hipótese de adimplemento defeituoso³³⁵ e, portanto, tendo havido uma ação do devedor do objeto. No caso do cumprimento defeituoso da prestação, usa-se a expressão *exceptio non rite adimpleti contractus*,³³⁶ porque não se cogita de inadimplemento absoluto, mas de cumprimento defeituoso da prestação.³³⁷

Imprensa da Universidade, 1886, pp. 83-84. Também fala em má execução J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 106, que afirma expressamente: “Não se cogita mais da execução do contracto, porém, da reparação dos danos pela sua má execução.”, afastando-se da teoria do inadimplemento em sentido amplo.

³²⁹ Não se deve utilizar a expressão “perturbação na prestação” para referir-se ao cumprimento defeituoso. A expressão advém do direito germânico, precisamente da monografia de HENRICH STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936 (citado por A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *A reforma civil alemã de 2001/2002*, in *Da modernização do direito civil I - Aspectos gerais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 100-102), uma vez que esta expressão abrange hipóteses que não se classificam como cumprimento defeituoso, como a impossibilidade, a mora, a alteração das circunstâncias e a *culpa in contrahendo*. Sobre a teoria e seu autor, cf. A. SESSLER, *Die Lehre von den Leistungsstörungen Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1994.

³³⁰ *Schlechterfüllung* (K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. I, 14^a ed., München, Beck, 1987, pp. 363-371).

³³¹ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, v. II, 6^a ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1937, p. 22.

³³² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 148.

³³³ Há quem negue a possibilidade, afirmando que a exceção só seria possível se o vício redibitório dissesse respeito ao inadimplemento. Não compondo a teoria do adimplemento, seria impossível a veiculação desta exceção, mas acrescenta que tendo o adquirente direito à redibição, nada o impede de recusar o recebimento e negar o pagamento do preço, porque se cumprisse as prestações, poderia em seguida reclamar a redibição do negócio (K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. II, p. I, 13^a ed., München, Beck, 1986, p. 69).

³³⁴ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

³³⁵ G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 5.

³³⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXIV, Rio de Janeiro, Borsoi,

Ademais, contra referida teoria também se sustenta que o contrato foi cumprido, ainda que de modo imperfeito, não se podendo falar em inexecução do contrato, aspecto próprio do inadimplemento.³³⁸

Por fim, e não menos importante, deve-se observar que se o regime dos vícios redibitórios se baseassem na inexecução do contrato, não se justificariam nem os efeitos das ações edilícias, nem o prazo conferido ao prejudicado para reclamar os defeitos.³³⁹ Os primeiros não seriam uma redução do preço ou a redibição, mas uma indenização pelo ato ilícito contratual. O segundo seguiria a regra geral de prescrição da pretensão, não se cogitando de competência sujeita a prazo decadencial.

Em resumo, o vício redibitório não se confunde com o inadimplemento.

4.1.2. Teoria da parcial impossibilidade da prestação

Esta teoria afirma que a existência do vício da coisa implicaria na impossibilidade parcial de cumprimento da prestação a que se obrigou o devedor.³⁴⁰ Embora seja adotada por parte da doutrina, sua argumentação é ilógica e contraria as disposições relativas à impossibilidade da prestação.³⁴¹

1959, p. 100.

³³⁷ Há quem sustente que a oposição da exceção só pode ocorrer após o credor conceder prazo ao devedor para corrigir a prestação ou substituí-la ou realizá-la novamente, denunciando, pois, o defeito (P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 294). Entretanto, não há razão para que tal ocorra, no regime jurídico brasileiro, já que não o condiciona o direito positivo (art. 476, CC). Aliás, concedendo-se prazo para a correção da prestação, é legítimo ao credor dela reter o pagamento da sua própria, quando sucessiva, até que o vício seja solucionado, exatamente em atenção à exceção de contrato não cumprido - que será de impossível incidência, quando se vencerem as prestações simultaneamente, sendo o vício oculto ou a do credor da prestação já estiver vencida em momento anterior.

³³⁸ S. RODRIGUES, *Curso de Direito civil - Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 103. No mesmo sentido, V. M. OLIVEIRA, *Obrigações e responsabilidade civil aplicadas*, 2ª ed., São Paulo, Edipro, 2002, p. 533; e P. A. CASSEB, *Vício redibitório: Paralelo entre o Código Civil e o Código do Consumidor*, in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 16 (1997), p. 72.

³³⁹ E. P. CRUZ, *Dos vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Livraria Portugalia, 1942, p. 202.

³⁴⁰ A. F. F. W. REGELSBERGER, *Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von dem Einfluß der theilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältniß*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 40, 4 (1898), pp. 274-276.

³⁴¹ W. SCHÖLLER, *Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Mieth und Dienstvertrag nach dem B.G.B.*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* 46 (1902), pp. 1-42 e 253-290. Refere-se a este autor R. FUBINI, que expõe o pensamento dele (*La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e*

Para esta teoria, o vício tornaria parte da prestação impossível. Segundo ela, o conteúdo do contrato é composto tanto pela designação precisa do objeto como pelas qualidades e pelos defeitos de que o objeto é portador. Sempre que o objeto alienado não tiver essas qualidades predeterminadas, haveria impossibilidade parcial da prestação, porquanto a coisa entregue não teria as condições exigidas pelo contrato.

Em que pese o aspecto inovador inicial, o pressuposto da teoria é falso, não sendo possível separar a coisa de sua utilidade, sendo as qualidades e as utilidades da coisa inerentes a ela e, pois, ela mesma.

Ademais disso, é possível que a prestação ocorra, mesmo na presença de um defeito de insignificante importância, de modo que a existência do defeito não implica necessariamente na impossibilidade da prestação.³⁴²

Sob outro aspecto, sendo o defeito sanável, não se poderá dizer impossível a prestação. A prestação é, nesta hipótese, absolutamente possível, caminhando o direito contemporâneo exatamente para permitir a correção do objeto prestado, o que também afasta a incidência desta teoria.

Além disso, a impossibilidade do objeto torna o negócio nulo, já que a sua validade requer a possibilidade do objeto (art. 104,³⁴³ CC). No caso dos vícios redibitórios, a coisa viciada pode plenamente ser objeto de um negócio jurídico, não se podendo falar em “impossibilidade do objeto”.³⁴⁴ Fosse impossível o objeto, não haveria razão jurídica para permitir a ação estimatória, que pressupõe a possibilidade do objeto, com a manutenção do negócio e o restabelecimento do sinalagma, com a redução proporcional do preço.

Por fim, não se pode perder de vista que, ao se adotar esta teoria, reconhecer-se-ia que o próprio alienante seria capaz de nulificar o negócio sob

commerciale italiano, Torino, Fratelli Bocca, 1906, p. XII e 128, nota 28); e E. P. CRUZ, *Dos vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Livraria Portugália, 1942, p. 204, entre outros.

Também adotam esta teoria: R. BERCOVITZ e R. CANO, *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, in *Anuario de derecho civil - ADC*, Madrid, 1969, p. 807.

³⁴² R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 128-129.

³⁴³ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (...) II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (...)” Não se olvidando que a impossibilidade inicial não o invalida, sendo relativa, ou cessando antes de operada a condição a que estava subordinado (art. 106, CC).

³⁴⁴ E. P. CRUZ, *Dos vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Livraria Portugália, 1942, pp. 204-205.

alegação de impossibilidade da prestação, o que não é admitido no regime dos vícios redibitórios que conferem, inicialmente, competências apenas para o adquirente prejudicado, pelo que esta teoria não explica satisfatoriamente o fundamento do regime dos vícios redibitórios.³⁴⁵

4.1.3. Teoria do risco relativo à coisa vendida

Por esta teoria, a responsabilidade pelos vícios redibitórios nasceria do risco próprio do negócio jurídico. O alienante teria o dever de suportar todos os riscos advindos de eventuais defeitos que a coisa apresentasse, tendo em vista que sua obrigação era entregá-la sem vícios.³⁴⁶

Ao assumir uma determinada obrigação, o alienante assumiria igualmente o risco pela redibição ou pela devolução parcial do preço, caso a coisa entregue fosse defeituosa.

Para esta teoria, a responsabilidade não adviria do inadimplemento, que estaria ligado à ideia de culpa, não cogitada para as ações edilícias, também porque no caso de inadimplemento haveria a opção de execução forçada, ao lado das soluções redibitória e estimatória, o que não ocorreria no caso dos vícios.

Um grave erro desta teoria é ignorar a finalidade diversa dos dois institutos. A teoria dos riscos está ligada à menos-valia da prestação de uma das partes, determinada por um fato posterior ao contrato,³⁴⁷ o que não ocorre com os vícios redibitórios, que devem ser anteriores à tradição.

Além disso, outro erro desta teoria, para explicar os vícios redibitórios, está em vincular o inadimplemento à culpa, o que não é exato, podendo haver aquele sem esta, o que retira da teoria um de seus pressupostos.

Por fim, e mais importante, se houvesse a alegada assunção do risco, poder-se-ia dizer que a obrigação do alienante é entregar a coisa sem vícios, como quis J. R. POTHIER, o que implicaria em reconhecer que esta teoria do risco

³⁴⁵ R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 130-131, refutando inclusive a expressão adotada pelos adeptos da teoria em questão: “impossibilidade objetiva especial”.

³⁴⁶ A. R. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, v. II, p. II, 2ª ed., Erlangen, Andreas Deichert, 1879, pp. 714-732 (com análise das ações redibitória e *quantum minoris* e do edito edilício - pp 719 e ss).

³⁴⁷ E. P. CRUZ, *Vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Portugal, 1942, p. 203.

nada mais seria que uma nova roupagem para a teoria da inexecução do contrato.³⁴⁸

4.1.4. Teoria tripartida do vício

Esta teoria distingue três hipóteses:³⁴⁹ a) a venda de uma coisa com a garantia de possuir determinadas qualidades; b) a venda uma coisa sem qualquer garantia e com omissão dolosa dos vícios conhecidos pelo alienante; e c) a venda de uma coisa viciada sem qualquer garantia, ignorando a existência do defeito o alienante.

Na primeira hipótese, só seria possível falar em inadimplemento contratual e em ressarcimento de danos, porque uma das obrigações contratuais estipuladas entre as partes era não apenas a ausência de vícios, mas a existência de determinadas qualidades, de modo que o comprador teria o direito de receber a coisa nos exatos termos estipulados.³⁵⁰ Caso o alienante entregasse coisa sem a qualidade prometida, violaria culposamente uma obrigação por ele assumida.³⁵¹

Na segunda hipótese, diversamente, o alienante não teria descumprido uma obrigação específica, não teria descumprido o contrato, embora a coisa contivesse um defeito por ele conhecido e ocultado. Isso porque, segundo

³⁴⁸ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1914, pp. 233-234. No mesmo sentido, E. P. CRUZ, op. cit., p. 203-204, analisando inclusive a visão na qual veria o vício como uma espécie de caso fortuito, o que é absolutamente artificial.

³⁴⁹ F. ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts - Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 9ª ed., v. 1, Berlin, Carl Heymanns, 1903, pp. 984-1.009.

A referência à obra contida em P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 111 está incompleta, tendo-a copiado de R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, p. 126, que indica a obra de modo igualmente incompleto e não a coloca na bibliografia (esta, às pp. VII-XX, com título: Bibliografia das principais obras citadas no volume, esclarecendo na p. VII, nota 2, que o autor colocou na bibliografia apenas as obras que lidam em alguma parte dos vícios redibitórios; quanto às demais, utilizadas para argumentação e que indiretamente se referem ao objeto do estudo, as citações são feitas no corpo da obra em notas de rodapé). O erro é repetido por J. S. FUJITA, que o copia e cita a fonte (*Obrigações e contratos empresariais no novo código civil: Os vícios redibitórios*, in L. A. BARROSO (org.), *Introdução crítica ao Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 156). O. S. LIMA sequer indica a obra em seu trabalho, mesmo tendo copiado a denominação da teoria de R. FUBINI, como "Teoria de Endemann" (*Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 215-219).

³⁵⁰ E. P. CRUZ, *Vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Portugalia, 1942, pp. 205-206.

³⁵¹ F. ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts - Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 9ª ed., v. 1, Berlin, Carl Heymanns, 1903, p. 988 e nota 17.

referido autor, o defeito da coisa não implicava em inadimplemento.³⁵² Esta mesma lógica incidiria na terceira hipótese.

Nas duas últimas hipóteses, incidiria o regime jurídico dos vícios redibitórios, uma vez que de qualquer ato de alienação nasceria uma promessa implícita de garantir o adquirente contra os vícios da coisa.

Desse modo, a responsabilidade pelos vícios redibitórios nasceria de uma assunção implícita do alienante.

Em resumo, para F. ENDEMANN, a falta de qualidades asseguradas implicaria em inadimplemento, enquanto a existência de defeitos da coisa, diversos das qualidades asseguradas, implicaria no regime jurídico dos vícios redibitórios,³⁵³ porque haveria uma promessa implícita de assunção da responsabilidade pelos vícios ocultos.

Em que pese a explicação oferecida para diferenciar duas hipóteses, é inegável que esta teoria em nada esclarece sobre qual o fundamento da responsabilidade pelos vícios.

Além disso, não se pode separar de modo absoluto a anormalidade da coisa decorrente da lei (critério objetivo), da anormalidade advinda da manifestação expressa das partes. Em qualquer caso, o alienante pode agir com culpa ou sem ela.

Além disso, é possível que o alienante conheça o defeito objetivo da coisa, bem como que ignore a inexistência das qualidades asseguradas³⁵⁴ (e.g. um vendedor de uma loja de penhores aliena um manuscrito, assegurando que contém assinatura de notório estadista, possuindo inclusive certificado de autenticidade, tendo o comprador adquirido o manuscrito, pelo manuscrito e não pela suposta assinatura que não lhe interessava, mas que elevava o preço. Ocorre que o certificado e a assinatura são comprovados falsos por um experto, fato que ignorava).

Sob qualquer aspecto, a teoria não satisfaz, carecendo de lógica interna. Aliás, o autor, após fornecer críticas à teoria do inadimplemento, nada

³⁵² Op. cit., p. 987 e nota 13.

³⁵³ W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 65.

³⁵⁴ R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, p. 127.

mais fez que aceitar a teoria criticada, fazendo repousar a obrigação do alienante na promessa implícita³⁵⁵ de entregar uma coisa sem defeitos.

4.1.5. Teoria da garantia

Por esta teoria, a responsabilidade pelos vícios redibitórios se fundaria em um princípio de garantia.³⁵⁶

Para ela, o adquirente de uma determinada coisa e sujeito a uma contraprestação (contrato comutativo) tem direito à utilidade natural da coisa e, como não pode examinar a coisa com profundidade, a ponto de descobrir seus eventuais defeitos ocultos, tem a garantia contra o alienante para o caso de vir a surgir um vício que retire a utilidade da coisa ou destrua o paralelismo entre as prestações, o que lhe permitiria restituir a coisa e recuperar o preço ou abater o valor pago.³⁵⁷

Em verdade, a tentativa de inserir o regime jurídico dos vícios em uma obrigação de garantia nada mais é do que dar nova roupagem à teoria da inexecução do contrato atribuída a J. R. POTHIER, lendo-se o dever de entregar a coisa sem vícios como o dever de garantir os vícios que a coisa eventualmente

³⁵⁵ A colocação de requisito implícito no contrato e sua imputação à vontade das partes é irreal e permitiria a justificativa de qualquer instituto jurídico (E. P. CRUZ, *Vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Portugália, 1942, 206-207). Ademais, a vontade das partes na celebração de um negócio jurídico não é propriamente atingir ontologicamente um resultado jurídico, mas muito mais um resultado econômico (E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte: Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage* (1911), *A interpretação dos negócios jurídicos (contratos, testamentos, etc.)*. Estudo sobre a questão de direito e a questão de facto, trad. port. de F. de Miranda, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1941, pp. 19-22. Este autor, aliás, na p. 22, nota 1, afirma expressamente que se referirá “ao caso mais importante, que é o resultado económico.” [destaque no original]).

³⁵⁶ M. A. COELHO DA ROCHA afirmava que “a boa fé dos contractos exige que cada uma das partes fique responsável á outra pelo bom e livre uso da cousa, ou prestação, que lhe dá, ou, como vulgarmente se diz, - *a fazer o contracto bom*. - Esta responsabilidade constitue a garantia dos contractos, e tem logar principalmente em dois casos: 1.º pelos defeitos da cousa, ou vicios redibitorios (...) 2.º Tem logar a garantia no caso de *evicção*...” (*Instituições de direito civil portuguez*, t. II, 6ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886, pp. 586-587). O acompanhava J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, pp. 85-86; 91. Cf. ainda R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1914, pp. 220-221; e G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teórico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d], pp. 435-436.

³⁵⁷ M. H. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, v. 3, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 140.

possua. Cuida-se de uma ideia errônea, tratando a garantia como uma sanção pela violação de uma obrigação.³⁵⁸

4.1.6. Teoria da violação positiva do contrato

O instituto do direito alemão, nominado por H. STAUB de violação positiva do contrato, surgiu em razão da omissão do BGB quanto a outras formas de descumprimento contratual diversas da impossibilidade e da mora.³⁵⁹

A rigor, referido instituto não seria de aplicação possível no direito brasileiro.

No que tange à violação de deveres de omissão, a lei brasileira prevê expressamente a obrigação de não fazer e suas consequências (art. 250 e art. 251, CC).

No caso da violação de deveres de cuidado e proteção, a cláusula geral de responsabilidade civil (art. 186, 187 e 927, CC; e art. 12 e ss. CDC) é suficiente para afastar o instituto.

No que se refere aos deveres laterais (informação, segredo etc.), a cláusula geral da boa-fé (art. 422, CC) é suficiente para a solução da pendência, uma vez que sua agressão implica em ato ilícito (art. 187, CC), sendo desnecessária a construção dogmática voltada à violação positiva do contrato.³⁶⁰

³⁵⁸ L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 51, I (1953), p. 4.

³⁵⁹ Sobre o tema, com análise de seis exemplos dados por H. STAUB, L. C. L. CUNHA, *Obrigações e o cumprimento defeituoso*, Curitiba, Juruá, 2011, pp. 34-41. Melhor P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 60-66.

³⁶⁰ Não se olvida da posição de J. C. F. SILVA (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 265-268) no sentido de que é exatamente esta cláusula que impõe a aplicação da teoria no sistema brasileiro (p. 29). Afirma referido autor que "...chega-se à conclusão de que a *violação positiva do contrato*, no direito brasileiro, corresponde ao *inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral*, quando este dever não tenha uma *vinculação direta com os interesses do credor da prestação*." (p. 266) e acrescenta: "...*pode-se definir a violação positiva do contrato como o inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral*, quando este dever não tenha uma *vinculação direta com os interesses do credor na prestação*." (p. 268). Sem razão, contudo, porque o descumprimento desses deveres implica violação à boa-fé objetiva, ou seja, em ato ilícito em sentido estrito (art. 187, CC), com as consequências naturais daí advindas. Importar o nome do instituto, apenas para nominar uma hipótese prevista em lei como responsabilidade civil, não parece útil.

Nessa linha de raciocínio, tenha-se a lição de R. R. AGUIAR JÚNIOR: "No Brasil, o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito, inclusive por defeito qualitativo (violação quanto à forma e ao modo da prestação), razão pela qual não sentimos a mesma dificuldade enfrentada pela doutrina alemã, que derivou para a teoria da infração contratual positiva. Isso relativamente às obrigações convencionadas, principais ou acessórias. A omissão da nossa lei

Ademais, o direito brasileiro possui conceito de mora bastante ampliado, o que afasta por completo a aplicação da teoria alemã no sistema nacional,³⁶¹ uma vez que, quando o sistema jurídico estabelece regras gerais de responsabilidade pelo não cumprimento exato da prestação, a violação positiva do contrato como categoria autônoma mostra-se desnecessária.³⁶²

Desse modo, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura alemã é desnecessária.³⁶³

À toda evidência, referida teoria é inútil para explicar a natureza da responsabilidade edilícia, uma vez que esta existe muito antes de qualquer cogitação da teoria da violação positiva do contrato.

está em deixar de referir a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa fé (o que se compreende, pois nem sequer o princípio ficou expressamente consagrado), e omitir qualquer referência à quebra antecipada do contrato, ambas as hipóteses fora do campo da impossibilidade ou da mora, em sentido amplo. O título violação contratual positiva é mantido porque consagrado pelo uso, para designar o descumprimento dos deveres secundários e a quebra antecipada, situações que podem estar presentes sem que haja comportamento positivo ou sem violação à norma contratual. Melhor seria classificá-las como infração ao princípio da boa fé e como infração antecipada do contrato.” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 126). Assim, ao que parece, cuida-se não de aplicação do instituto alemão no Brasil, mas mera questão de nomenclatura.

³⁶¹ G. R. FURTADO, *Mora e inadimplemento substancial*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 17; e P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 115.

³⁶² P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 65.

³⁶³ Embora haja quem pense o contrário, sem razão, contudo. Cf. R. C. STEINER, *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*, São Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 210 e ss.

Aliás, é possível dizer que após a reforma do direito das obrigações realizada na Alemanha no ano de 2002, a figura doutrinária e jurisprudencial da “violação positiva do contrato” deixou de existir como preconizada por STAUB, uma vez que a reforma positivou um regime geral amplo de “perturbação das prestações” (tradução literal de *Recht der Leistungsstörungen*), abrangendo as hipóteses de incumprimento absoluto, mora e cumprimento defeituoso.

O *tertium genus* da violação positiva do contrato, no tema do descumprimento em sentido amplo, abarcava: i) a violação de deveres acessórios; ii) a má execução da prestação principal; e iii) a declaração eficaz de não pretender cumprir, tendo sido criada pelo silêncio da legislação anterior. Com a reforma, o problema da violação positiva do contrato desapareceu, em face das novas redações do § 280/1, que imputa ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional, qualquer que seja esse dever, explícito ou não, o dever de indenizar; e o § 324, que permite, perante a violação de qualquer um dos deveres provenientes de uma relação obrigacional, a resolução do contrato pelo credor. (A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *A reforma civil alemã de 2001/2002*, in *Da modernização do direito civil I - Aspectos gerais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 69-116).

Cf. ainda C. F. NORDMEIER, *O novo direito das obrigações no código civil alemão - A reforma de 2002*, in C. L. MARQUES, (coord.), *A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo, RT, 2007, pp. 137-175; e N. M. P. OLIVEIRA, *Estudos sobre o não*

4.2. Teorias relativas ao aspecto psicológico do comprador

Neste grupo de teorias, analisar-se-á aquelas que levam em conta o aspecto psicológico do adquirente para a incidência do regime jurídico dos vícios ocultos.

4.2.1. Teoria relativa à doutrina do erro

A mais importante das teorias psicológicas que visam explicar a responsabilidade pelos vícios ocultos é inegavelmente a teoria do erro, em face da possibilidade de confusão entre os institutos do vício do consentimento com o vício redibitório.³⁶⁴

Há sistemas jurídicos que veem no erro o fundamento para a responsabilidade por vícios ocultos,³⁶⁵ bem como aqueles que não incluem naquele regime os vícios ocultos.

cumprimento das obrigações, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

³⁶⁴ P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 35-36.

³⁶⁵ E.g.: O *Code Civil*: “Article 1110 L’erreur n’est une cause de nullité de la convention que lorsqu’elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l’objet. Elle n’est point une cause de nullité lorsqu’elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.” e “Article 1641 Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l’usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l’acheteur ne l’aurait pas acquise, ou n’en aurait donné qu’un moindre prix, s’il les avait connus.”; e o CC Port. de 1867: “Art. 1.582º O contrato de compra e venda não poderá ser rescindido com o pretexto de lesão ou de vícios da coisa, denominados redibitórios, salvo se essa lesão ou esses vícios envolverem erro que anule o consentimento, nos termos declarados nos artigos 656º a 668º e 687º a 701º, ou havendo estipulação expressa em contrário.” (J. D. FERREIRA, *Código Civil português anotado*, v. IV, Lisboa, Imprensa Nacional, 1875, p. 48). A lógica se mantém no CC Port.: “Artigo 913º (Remissão) 1. Se a coisa vendida sofrer de vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim, observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes. 2. Quando do contrato não resulte o fim a que a coisa vendida se destina, atender-se-á à função normal das coisas da mesma categoria.”

Cf. Sobre o direito português existe monografia específica acerca do tema de E. P. CRUZ, qual seja: *Vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Portugal, 1942. Há ainda crítica fundamentada a esse amalgamento da teoria do erro com a teoria dos vícios redibitórios de J. B. MACHADO, *Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas*, Lisboa, Anuário Comercial de Portugal, 1972, concluindo referido autor que: “o direito conferido ao comprador pela garantia edilícia é um direito *fundado directamente no contrato*. Logo, não pode de forma alguma ser um direito *fundado no erro*, visto o direito de anulação por erro ter sempre uma base exterior ao conteúdo do negócio e ser, na sua própria natureza intrínseca, uma *exceptio*. (...) os quadros da teoria do erro e os princípios específicos do regime da anulação por erro não podem ter aplicação ao problema da venda de coisas defeituosas. O que significa que as disposições que regulam o problema da venda de coisas defeituosas não devem de modo algum ser consideradas como ‘especialidades’ do regime do erro” (p. 77). Esta crítica é compartilhada por E. P. CRUZ na obra citada, para quem o direito português possui uma teoria geral e autônoma sobre os vícios

Há doutrinadores no Brasil que fundamentam a responsabilidade pelos vícios ocultos exatamente nesta teoria,³⁶⁶ em face do conceito de erro adotado pelo CC, segundo o qual há erro substancial quando se refere ao objeto principal da declaração de vontade ou alguma de suas qualidades essenciais (art. 119, inc. I, CC).

A teoria do erro é sedutora, uma vez que o comprador, ao descobrir após a conclusão do contrato um vício que diminui a utilidade da coisa ou que a suprime e que ignorava até aquele momento, poderia sentir-se em erro, ou seja, poderia pensar que estava sob a falsa concepção de uma realidade. Pensar dessa forma implicaria em inserir a teoria dos vícios redibitórios na teoria do erro, como uma especialização desta.³⁶⁷

A análise não pode ser assim singela.

Em verdade, deve diferenciar-se o erro enquanto vício do consentimento do erro relativo ao cumprimento preciso da prestação com a outorga do objeto tal qual desejado pelas partes.³⁶⁸

A distinção teórica é bastante simples. O vício do consentimento afeta a validade da declaração de vontade que, por isso, não teria eficácia. O vício sobre o objeto da prestação não invalida o negócio jurídico, mas um dos aspectos

redibitórios (op. cit., pp. 124-132). A análise do estudo do direito português foge ao âmbito da pesquisa, sendo referida apenas para que não se tenha a impressão da menção cega do Código atrelado à teoria do erro.

Sobre o direito francês há igualmente monografia a respeito da matéria de J. GHESTIN, a saber: *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971. Diz o autor que a posição do tema no interior do *Code Civil* deve-se à lição de J. R. POTHIER, já referida, pelos redatores do texto. Afirma que a ação por vícios redibitórios é híbrida e que a originalidade essencial que caracteriza a ação de garantia é o curto prazo para sua propositura, nos termos do art. 1.648 (p. 323; 337-343) (*"Art. 1648. L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice. Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents."*). O autor analisa as ações de garantia contra os vícios em relação ao erro (inclusive quanto à ocorrência de ações anulatória e redibitória - pp. 343-353) e também em relação à inexecução contratual (pp. 324-333).

³⁶⁶ W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 65.

³⁶⁷ B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, pp. 65-66.

³⁶⁸ C. M. BIANCA, *Diritto civile - Il contratto*, v. 3, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2000, pp. 652-654.

de sua eficácia, tendo em mira que, neste plano, não atingiu seu fim em face do defeito sobre a coisa.³⁶⁹

A verificação *a priori* não parece possível, devendo-se sempre analisar o caso concreto. *E.g.* alguém compra um livro acreditando que foi autografado pelo próprio autor, de quem é admirador, para colocá-lo em sua coleção de memórias do referido autor, mas descobre posteriormente que o autógrafo é falso; e alguém compra um livro determinado, descobrindo pela leitura que um dos capítulos foi impresso de modo repetido, faltando um dos cadernos do seu miolo, em prejuízo à leitura. Os exemplos são evidentes em diferenciar o que é vício do consentimento do que é defeito no objeto.³⁷⁰

O direito positivo afirma que o negócio jurídico é anulável quando a declaração de vontade emanar de “erro substancial” (art. 138, CC) e conceitua o erro substancial como aquele que diz respeito à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais (art. 139, I, CC), quando se refere à identidade ou à qualidade essencial a quem se refira a declaração de vontade, quando a figura dessa pessoa é determinante (art. 139, II) e quando o erro de direito for o único ou o principal motivo do negócio, quando não implicar em recusa à aplicação da lei (art. 139, III, CC).

O erro relativo ao vício do consentimento leva em conta a pessoa do declarante e suas condições subjetivas, nada se confundindo com o defeito da coisa, que é puramente objetivo.³⁷¹ Neste caso, não há desconformidade com a vontade real do declarante, sendo a coisa ou o serviço exatamente o desejado. O que ocorre é que a coisa ou o serviço possui vícios que lhe diminuem o valor e a utilidade. Neste caso, o vício não é analisado sob a perspectiva subjetiva do agente que declara a vontade, mas sob o aspecto objetivo e econômico da coisa. Não há erro na motivação do agente, mas nas qualidades negociais.

³⁶⁹ F. MARTORANO sustenta que o erro afeta a eficácia do negócio (*La tutela del compratore per i vizi dell cosa*, Napoli, Eugenio Jovene, 1959, p. 182).

³⁷⁰ A doutrina possui classificações de erro, cuja análise não interessa ao presente estudo. Cf. A. J. AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial: Noções gerais e formação da declaração negocial*, tese de titularidade inédita, São Paulo, 1986, p. 170 (erro na formação da vontade e erro na manifestação da vontade); e S. RODRIGUES, *Dos defeitos dos atos jurídicos, do erro, do dolo*, São Paulo, Max Limonad, 1959, pp. 31-39.

³⁷¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 24, Bruxelles, Bruylant Christophe & comp, 1877, pp. 272-273.

Por outras palavras. Se as qualidades esperadas da coisa negociada compõem o próprio contrato, não se verifica na ausência ou na divergência delas um erro na formação do contrato, mas nas suas consequências.

Os remédios edilícios não são uma verdadeira exceção ao contrato, mas remédios *ex pacto*.³⁷² Haveria verdadeira logomaquia em considerar a ação redibitória uma impugnação ao contrato, como faz a ação anulatória por erro.

No caso do erro em sentido estrito, há incompatibilidade entre a realidade e a manifestação de vontade. No caso do vício redibitório, há divergência entre o acordo celebrado entre as partes e a realidade.³⁷³

O erro, em cada caso, recai sobre elementos diversos e inconfundíveis. O vício redibitório verifica-se no momento da tradição, enquanto o erro, no instante da declaração da vontade. Aquele pressupõe um contrato existente e válido, exercendo as faculdades edilícias, o interessado, exatamente por isso. No caso do erro, o autor da ação anulatória afirma categoricamente a invalidade do ajuste.³⁷⁴

Desse modo, referida teoria não é suficiente para explicar a responsabilidade por vícios ou defeitos da coisa objeto do contrato comutativo.

4.2.1.1. Distinção do erro pelo grau de imperfeição do vício

Há quem tente, sem razão, diferenciar o erro do vício pelo grau de imperfeição da coisa.

Para esta posição, as qualidades substanciais seriam matéria exclusiva do vício do consentimento (erro), incluindo-se nelas as qualidades prometidas, e as qualidades não substanciais estariam afetas ao regime dos vícios redibitórios.³⁷⁵

³⁷² J. B. MACHADO, *Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas*, Lisboa, Anuário Comercial de Portugal, 1972, p. 17-18.

³⁷³ Cuida-se de um *Realitätsirrtum* na expressão de W. FLUME, para quem o erro relativo às qualidades da coisa deveria ser nominado de *geschäftlicher Eigenchaftsirrtum* (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed., Berlin, Springer, 1992, pp. 469 e ss.) ou erro negocial sobre as qualidades.

³⁷⁴ W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 65.

³⁷⁵ R. BERCOVITZ - R. CANO, *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, in *Anuario de derecho civil - ADC*, Madrid, 1969, p. 783. Segundo referidos autores, seria a posição de G. P. CHIRONI, referindo-se à seguinte obra: *Rivista italiana per le scienze*

Esta doutrina afirma que o erro enquanto vício do consentimento respeita às qualidades da coisa e a seus elementos constitutivos, de modo que o adquirente não recebeu, de fato, a coisa que pensava ter adquirido. No que tange aos vícios ocultos, o adquirente recebeu exatamente o que desejava adquirir.

Afirmam R. BERCOVITZ e R. CANO que é evidente que o comprador de uma coisa a deseja para um determinado fim e a ausência destas qualidades constitui o pressuposto do erro enquanto vício do consentimento.

Esta posição não tem razão, uma vez que confunde a inconformidade da manifestação da vontade e a realidade com a desconformidade entre o contrato efetivamente celebrado e a realidade, como exposto no item anterior.

Em nada influencia o grau de imperfeição que, sendo mínimo, não afetará o ajuste e, sendo de qualquer modo relevante, se sujeitará à lógica exposta no item anterior. Será erro se for subjetiva e disser respeito ao estado psicológico do adquirente e será vício redibitório se se referir à coisa objetivamente.

4.2.1.2. Concorrência da ação anulatória por erro e da ação redibitória

O sistema jurídico fornece para cada problema, em princípio, uma solução única. Cuidar-se-ia de aplicação de normas específicas com o afastamento das normas gerais.³⁷⁶

Assim, considerando-se as normas relativas aos vícios redibitórios como espécie do gênero erro, é inimaginável a concorrência de ações (anulatória e redibitória).

Contudo, como já afirmado, o vício do consentimento denominado erro não se confunde com o erro relativo ao negócio jurídico e ao defeito ou ao vício de que a coisa é portadora. Cuida-se de institutos diversos, com momentos de incidência diferentes e regimes próprios e inconfundíveis.

Sendo inconfundíveis, a anulação por vício do consentimento não exclui a possibilidade de veiculação de ação redibitória ou estimatória.³⁷⁷

giuridiche, v. IX, p. 402. Ainda segundo os primeiros autores, essa doutrina encontrou adeptos na França e na Espanha.

³⁷⁶ R. BERCOVITZ e R. CANO, *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, in *Anuario de derecho civil - ADC*, Madrid, 1969, p. 788.

³⁷⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 308. A dúvida apontada por P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por*

Basta, para isso, ter em mente que o erro enquanto vício redibitório pode ser sanado pelo desejo do prejudicado e, sendo o negócio viciado passível de convalidação (art. 172, CC), nada impede que o adquirente, a quem aproveita o vício, prefira não o alegar e, convalidando o negócio tacitamente,³⁷⁸ deseje um dos remédios edilícios.

Esta posição sofre críticas, sob alegação de que outorgar ao comprador a possibilidade da ação de anulação quando superado o prazo para a ação edilícia feriria a segurança jurídica.³⁷⁹

Sem razão, entretanto.

O vício do objeto não se confunde com o vício do consentimento. Basta para afastar a lógica aparente da teoria, e mesmo sua pretensa justiça, pensar que ao revés do erro, houvesse dolo ou coação, hipóteses em que ninguém afirmaria a sobreposição das soluções. Ora, se o vício do consentimento afeta a validade, o término do prazo para reclamar os vícios objetivos da coisa não afasta a anulabilidade do ato pelo atingimento da declaração da vontade.³⁸⁰

qualidade, quantidade e insegurança, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 129, nota 78, não procede. Afirma PONTES DE MIRANDA na p. 308: “O exercício da pretensão à responsabilidade por vício do objeto não pré-exclui a propositura da ação de anulação por erro, salvo se é o mesmo o ponto sobre o qual resultou coisa julgada material, ou os mesmos pontos sobre os quais resultou coisa julgada material” e na p. 275: “Já cogitamos, no Capítulo I, dos vícios do objeto *antes* da entrega, isto é, dos vícios do objeto antes de o credor receber a prestação. Aqui, temos de tratar dos vícios do objeto *depois* da entrega, isto é, dos vícios do objeto depois de o credor ter recebido a prestação. Deu-se o adimplemento. Não há mais falar-se de recusabilidade, nem de inadimplemento.” Ora, a anulação por erro (vício do consentimento) em nada se relaciona com o adimplemento. Este e os vícios respeitam ao plano da eficácia. Aquele ao da validade.

³⁷⁸ Afirma-se que a convalidação é tácita, nos termos do art. 174, CC (“Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.”) uma vez que é incompatível o exercício dos remédios redibitórios e a alegação de anulabilidade por erro. Ou o negócio é válido e se pode pretender uma das ações edilícias decorrentes do próprio negócio ou é inválido e não se pode cogitar daquelas ações, que pressupõe o negócio impugnado.

³⁷⁹ P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 130, citando autores estrangeiros.

³⁸⁰ Esta é a posição de J. B. MACHADO, *Acordo negociado e erro na venda de coisas defeituosas*, Lisboa, Anuário Comercial de Portugal, 1972, pp. 27-29. Isso porque, segundo este autor, não haveria uma real antinomia, nem tampouco o fenômeno da consunção ou mesmo incidência do princípio da especialidade, mas sim porque as normas relativas ao erro são normas materiais ou de regulamentação direta, enquanto as normas que dizem respeito aos vícios redibitórios seriam normas de reconhecimento ou remissão, ou seja, normas que remetem às estipulações ou a critérios normativos fixados pela autonomia da vontade. Sobre a classificação das normas segundo referido autor, cf. J. B. MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competências das leis (Limites das leis e conflitos de leis)*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 211-236.

A hipótese levanta ainda um questionamento. Superado o prazo para os remédios edilícios, mas ainda no prazo para a ação anulatória, a única solução para o comprador seria o desfazimento do negócio?

A resposta que o direito positivo dá cegamente é afirmativa, uma vez que, superado o prazo para as ações edilícias, estas não poderiam ser veiculadas, sobretudo porque o prazo para seu exercício é decadencial.

Contudo é mister aprofundar a questão em termos acadêmicos.

O direito deve ser interpretado de modo inteligente e não de maneira a ter conclusões inconvenientes.³⁸¹

No exemplo em discussão, o adquirente poderia o mais, que é anular o negócio jurídico por erro, mas não poderia mantê-lo exigindo a redução do preço. É certo que pode mantê-lo pela convalidação, mas não com a equalização das prestações.

Pudesse manter o contrato com a redução do preço, dir-se-ia que se cumpriu o princípio de manutenção dos negócios, desejado em vários dispositivos do CC (e.g. art. 106; 110; 170; 172 etc.), porém violaria a regra que impede a manipulação de prazos decadenciais (art. 207 a 211, CC).

Assim, cuida-se de hipótese sem solução razoável aparente.

Nesses casos, melhor seria autorizar a convalidação no prazo legal da anulação e, acaso esta ocorresse, permitir nova contagem de prazo para a reclamação por vícios redibitórios, mesmo que com limitação das opções do adquirente apenas à redução do preço. Preservar-se-ia o negócio jurídico, garantir-se-ia a segurança jurídica e não se afetaria o equilíbrio das prestações sinalagmáticas.

4.2.2. Teoria da equidade

Interpretando o D, 21, 1, 1, 2,³⁸² afirmou R. JHERING que o alienante deve conhecer as coisas que põe em circulação, de modo que as consequências de sua ignorância não podem ser suportadas pelo adquirente.³⁸³

³⁸¹ C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 136.

³⁸² D, 21, 1, 1, 2: "*Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur Fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an*

Segundo o antigo texto romano interpretado pelo autor, “quem não está inteiramente certo das suas coisas, não deve vender”, de modo que a falta de conhecimento pleno da coisa alienada representaria hipótese de culpa.³⁸⁴ A ignorância sobre o real estado da coisa revela negligência do alienante, que tem o dever de conhecer suas coisas, assegurando-se que celebre negócios sobre elas com plena certeza das condições do objeto.³⁸⁵

calliditate.”

“A causa de propor este edito é por fim às falácias dos vendedores e amparar quaisquer compradores que tenham sido enganados pelos vendedores.” (baseada em I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano*, t. 1, Barcelona, Jaime Molinas, 1889, p. 36) “Observamos sempre que o vendedor responde mesmo ignorando a disposição do edito dos edis, e isto não é injusto pois o vendedor tinha meios de conhecê-lo. Com efeito, é indiferente para o comprador conhecer a causa pela qual foi enganado, a saber, ignorância do vendedor ou dolo seu.” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 65, nota 43).

³⁸³ *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (1859/1861?), *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, trad. port. de P. M. Pinto, Coimbra, Almedina, 2008. Cf. P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 135; e O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 264-265.

A referência feita por O. S. LIMA, ao seguinte trecho da obra de R. JHERING, está equivocada. Afirma o autor brasileiro: “Assim, para IHERING, a responsabilidade do vendedor tem por fundamento a culpa por êle cometida, ao desconhecer a coisa vendida. Sua ignorância seria culposa, muito embora afirme êle: ‘*On ne dit point ici, il est vrai, que l’obligation de savoir équivaut à la connaissance, mais l’analogie de savoir équivaut à la connaissance, mais l’analogie de l’action édilitienne, pour laquelle cette assimilation est expressément mentionnée (L. 14 §10 citée note 15) et où il s’agit également des vices de la chose vendue, ne permet guère le doute à cet égard.*’ (De la Culpa in Contrahendo, trad. De Meulenaere, in *Œuvres Choises*, vol. II, pág. 15).” (Op. cit., p. 264-265. Na obra mencionada o nome do autor alemão está grafado errado, como IHERING e não como JHERING, como deveria ser). A ressalva (“muito embora”) não faz sentido com o trecho traduzido da obra de R. JHERING, que se refere à ignorância do comprador, quando este não podia ignorar o defeito.

A tradução indicada está contida no item denominado de “Desconhecimento do comprador quanto ao vício.” (*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (1859/1861?), *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, trad. port. de P. M. Pinto, Coimbra, Almedina, 2008, op. cit. p. 11), cuidando da cessação da responsabilidade do vendedor quando o comprador conhecer o vício ou não puder ignorá-lo, remetendo às fontes romanas, precisamente D, 21, 1, 14, 10, segundo as quais se o vendedor não fizer ressalva a determinadas doenças que podem ser percebidas por qualquer um, não assiste ao comprador qualquer remédio edilício, uma vez que “o edito dos edis deve ser considerado aplicável aos defeitos e doenças que o comprador ignorava ou podia ignorar.” (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 54, nota 28).

³⁸⁴ Op. cit. pp. 26-34.

³⁸⁵ R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, p. 142.

Por esta teoria, o vício geraria um desequilíbrio entre as prestações, de modo que, em nome da equidade, o alienante deveria indenizar o adquirente.³⁸⁶

Esta teoria, em razão da colocação da culpa na ignorância do vendedor, não é imune a críticas, havendo quem diga ser duvidosa esta conclusão, porém sem fornecer qualquer motivo para tanto,³⁸⁷ o que é repetido sem qualquer critério por outros doutrinadores.³⁸⁸

Ao que parece, age com negligência o alienante que desconhece com íntima profundidade as coisas que lhe pertencem e dispõe-se a alienar, não sendo a culpa pela ignorância o problema desta teoria.

Seu equívoco está em fundamentar o regime jurídico dos vícios redibitórios no fluido conceito de equidade; embora não deixe de ser sedutora a ideia.³⁸⁹

Caso fosse a equidade o fundamento do regime jurídico dos vícios redibitórios, o que até parece verdadeiro, uma vez que se asseguraria a equivalência das prestações do negócio comutativo, o regime deveria existir em via de mão dupla.

Tanto poderia o credor do objeto enjeitar a coisa ou exigir a redução do preço quando padecesse de vício ou defeito, como o vendedor poderia também rejeitar o preço e retomar a coisa, ou exigir complementação do preço, quando a coisa mostrasse possuir qualidades até então ignoradas³⁹⁰ (e.g. um alfarrabista aliena um volume de um livro a um colecionador que, recebendo-o, percebe que as rasuras no texto, alterando-o, foram realizadas pelo próprio autor da obra, já falecido, o que a torna única e mais valiosa).

³⁸⁶ B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, p. 64.

³⁸⁷ M. M. SERPA LOPES, *Curso de direito civil - Dos contratos em geral*, v. III, p. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, p. 154.

³⁸⁸ O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, p. 265.

³⁸⁹ Adota-o, por exemplo, R. MONTESSORI, *Garanzia del venditore pei vizi dela cosa e la denuncia dei difetti dela mercê nella compravendita commerciale*, Milano, Vallardi, 1910, pp. 95-98.

³⁹⁰ Nesse sentido e com razão, P. J. S. GUIMARÃES, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 135.

Ora, se alienou objeto com qualidades que desconhecia, o fez por culpa sua, isto é, foi negligente com coisas do seu interesse, não podendo se beneficiar de sua omissão.³⁹¹

A conclusão não é tão singela à luz da lei brasileira, uma vez que há uma hipótese em que o vendedor poderá exigir a complementação do preço ou a devolução de parte da coisa. Isso ocorre na compra e venda de imóveis *ad mensuram* quando, ao invés de haver falta de área, houver excesso (art. 500, §2º, CC), mas neste caso o vendedor deverá provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, cabendo ao comprador a opção de complementar o preço ou restituir o excesso da área.³⁹²

Mesmo nesse caso não será a teoria da equidade que governará a responsabilidade pelos vícios redibitórios. A exceção confirma a regra, uma vez que a equidade, enquanto valor, desatenderia a si própria se fundamentasse uma exceção e não a regra.

4.2.3. Teoria da pressuposição

Segundo esta teoria,³⁹³ todo negócio jurídico é celebrado contendo não apenas os seus elementos essenciais, mas também um conjunto de

³⁹¹ Repita-se o alerta antes referido, de J. E. M. PORTALIS: “*L’office de la loi est de nous protéger contre la fraude d’autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S’il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu’une longue et honteuse minorité; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition.*” (*Discours préliminaire prononcé par Portalis le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement*, Amsterdam, De academische Boekwinkel, 1948, p. 40).

³⁹² Ainda nesse caso dever-se-á analisar as opções do comprador *cum grano salis*. Isso porque há normas municipais e federais que governam o tamanho do módulo urbano mínimo e do módulo rural mínimo e a recusa em comprar eventual excesso de área poderá deixar o vendedor com área inútil, o que deverá ser sopesado no caso concreto. O tema foge ao âmbito da pesquisa que, por isso, não tratará dele.

³⁹³ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Diritto delle pandette*, trad. ital. de C. Fadda e P. E. Bensa, v. I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930, pp. 332-343. Referida teoria foi mais sistematicamente desenvolvida em sua obra *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1850. Além disso, o autor a teria formulado inicialmente na obra: *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, Buddeus, 1847.

O. GOMES diferencia a denominada teoria da pressuposição típica, de autoria de PISKO e tendente a explicar a revisão dos contratos, daquela tratada por WINDSCHEID (teoria da pressuposição individual). A primeira seria objetiva e a segunda, subjetiva. A pressuposição típica se objetiva em um determinado momento, sendo igual para todos os contratantes de determinado modelo negocial. A segunda diz respeito à intenção das partes de um determinado negócio. Na mesma obra, O. GOMES as diferencia da teoria da condição implícita, de origem no instituto de direito inglês denominado *implied condition*, e da teoria das bases do negócio jurídico, tendo em

pressuposições que, se confirmadas, conservam o negócio jurídico tal qual celebrado. Essas pressuposições foram chamadas de “condições não desenvolvidas”³⁹⁴ por B. WINDSCHEID.

Embora mais afeta à teoria da revisão dos contratos,³⁹⁵ foi adotada no Brasil por muitos para explicar o regime jurídico dos vícios redibitórios³⁹⁶ e mesmo por doutrinados de outros países.³⁹⁷

Por esta teoria, se o estado de coisas pressuposto no momento da celebração do negócio não existia, ou deixou de existir, a relação jurídica celebrada não se mantém.³⁹⁸ A incidência da teoria só poderia ocorrer quando o outro contratante soubesse ou pudesse saber sobre o pressuposto que povoava a mente da outra parte, o que vai de encontro à visão subjetiva da natureza do vício.

vista que tratava especificamente da revisão dos contratos e não dos vícios (*Transformações gerais do direito das obrigações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, pp. 46-49).

³⁹⁴ “*La presupposizione è una condizione non isvolta [unentwickelte] (una limitazione della volontà, che non si è svolta fino ad essere una condizione).*” (*Lehrbuch des Pandektenrechts, Diritto delle pandette*, trad. ital. de C. Fadda e P. E. Bensa, v. I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930, pp. 332-333).

³⁹⁵ O exemplo mais conhecido de aplicação da teoria da pressuposição foi o caso da *Coronation*, em que diversos imóveis e embarcações foram locados para que os locadores pudessem assistir ao desfile de coroação de Eduardo VII, da Inglaterra, que não ocorreu em razão da moléstia do monarca. O caso, entretanto, não cuida da hipótese de vício redibitório, mas sim de alteração das circunstâncias.

³⁹⁶ Adotaram esta teoria: M. M. SERPA LOPES, *Curso de direito civil - Dos contratos em geral*, v. III, p. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, p. 154-155; M. E. SANTOS, *Erro substancial e vicio redibitorio (estudos de doutrina e jurisprudência)*, in *Revista Forense* 142 (1952), pp. 519-520; L. CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1950, pp. 445-446 (embora este último vincule a pressuposição à inexecução, confundindo as hipóteses); J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil brasileiro interpretado - Principalmente do ponto de vista prático*, v. XV, 10ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, p. 338; S. RODRIGUES, *Curso de Direito civil - Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 106 e 108-109, e O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 251-263.

³⁹⁷ R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 148-167; F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Eugenio Jovene, 1959, pp. 177-196 e 207-208; e E. P. CRUZ, *Dos vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Livraria Portugália, 1942, pp. 196-198.

³⁹⁸ Esta, aliás, foi a base do pensamento de P. OERTMANN, para o desenvolvimento da teoria da base do negócio jurídico (*Die geschäftsgrundlage: Ein neuer rechtsbegriff*, Leipzig, Scholl, 1921). Sobre o tema, A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, Lisboa, Almedina, 2011, pp. 1032-1044. Teoria esta, de cunho subjetivo, antes de sua reformulação por K. LARENZ (Cf. sobre o tema, O. L. RODRIGUES JÚNIOR, *Revisão judicial dos contratos - Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, pp. 83-84; e K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. esp. de C. F. Rodríguez, Granada, Comares, 2002, pp. 17-35, principalmente).

Essa teoria teve grande aceitação na Alemanha, tanto que foi incluída no primeiro projeto do BGB (§742³⁹⁹), mas como posta foi alvo de inúmeras críticas, dada à insegurança que promovia. Tanto assim que, na segunda revisão do projeto, a teoria foi excluída.⁴⁰⁰

A principal crítica feita à teoria foi apresentada por O. LENEL, segundo o qual nada diferenciaria a pressuposição, como proposta por B. WINDSCHEID, dos motivos do negócio jurídico.⁴⁰¹ O próprio B. WINDSCHEID refutou a objeção,⁴⁰² afirmando que não se pode confundir os motivos do negócio jurídico com a pressuposição.

³⁹⁹ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, Lisboa, Almedina, 2011, pp. 971-975, inclusive com a transcrição da tradução do texto do §742 do projeto original. Dizia o primeiro projeto (*Erster Entwurf*): “742 - *Celui qui dans la supposition déclarée expressément ou tacitement de l'arrivée ou de la défaillance d'un événement futur ou d'un effet juridique a fait une prestation, peut, se les prévisions ne se réalisent pas, répéter la prestation de celui qui l'avait reçue.*” (R. GRASSERIE, *Projet de code civil allemand - Traduit avec introduction*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1893, p. 159).

Este primeiro projeto ou esboço é o resultado dos trabalhos da Comissão nomeada aos 28.02.1874, que contou com a participação de B. WINDSCHEID até 1883. O resultado dos seus trabalhos foi publicado em janeiro de 1888, após sua entrega para o Chanceler do Império aos 27.12.1887. Publicado o resultado, críticas foram feitas ao projeto, motivando a indicação de uma segunda comissão, nomeada aos 04.12.1890 e com início dos trabalhos ao 1º.04.1891. O resultado dos trabalhos dessa comissão é chamado de “segundo esboço” (*Zweiter Entwurf*) e, após a apreciação do *Bundesrat* (assembleia de delegados dos estados federados), foi enviada em 1895 ao *Reichstag* (Parlamento), com o nome de “terceiro esboço” (*Dritter Entwurf*), no ano de 1896. O projeto foi finalmente aprovado ao 1º.07.1896, com publicação aos 18.08.1896 e entrada em vigor ao 1º.01.1900. Sobre a história dos projetos, cf. O. L. RODRIGUES JÚNIOR, *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*, in *Revista dos Tribunais* 938 (2013), pp. 79-155; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (1967), *História do direito privado moderno*, trad. port. de A. M. B. Hespana, 4ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 536-561; e mesmo R. GRASSERIE, *Projet de code civil allemand - Traduit avec introduction*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1893, pp. V-LIX, este último em relação ao primeiro esboço e até a nomeação da segunda comissão, tendo escrito sobre o projeto em dezembro de 1892. R. GRASSERIE traduziu ainda o BGB tão logo promulgado e nas primeiras páginas desta última obra também conta a história dos projetos e de suas discussões (cf. R. GRASSERIE, *Code Civil allemand - Promulgué le 18 août 1896 - Exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1900 - Suivi de la loi d'introduction, de la loi sur les livres fonciers et de celle sur la vente et l'administration forcée, de la loi sur la constatation de l'état des personnes et la célébration du mariage, de la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité d'empire et de la nationalité d'état (Dans leur teneur au 1^{er} novembre 1909) - Traduits et annotés avec introduction*, 3ª ed, Paris, A. Pedone, 1910, pp. XI-XVIII).

⁴⁰⁰ A exclusão não se deu por repúdio à teoria pelo legislador tedesco, que colocou o tema nas mãos da doutrina e da jurisprudência (F. GIRINO, *Presupposizione*, in A. AZARA - E. EULA (dir.), *Novissimo digesto italiano*, v. XIII, Torino, Uet, 1957, pp. 775-784, especialmente p. 777).

⁴⁰¹ K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. esp. de C. F. Rodríguez, Granada, Comares, 2002, pp. 18-19.

⁴⁰² B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 78 (1892), pp. 161-202.

Aqueles, governando a manifestação da vontade, convolam-se - porque conhecidos da outra parte - em causa determinante desta e, exatamente por isso, são os pressupostos sem os quais o contrato não teria sido celebrado. Haveria nítida relação de causa e consequência: os motivos determinantes são causa eficiente da contratação, sendo a pressuposição algo além do que o simples motivo.⁴⁰³ Não se deve olvidar que, sob um aspecto meramente psicológico, a pressuposição e o motivo se confundem, mas no plano jurídico não, sendo o motivo o móvel que conduz o agente e os pressupostos, os elementos concretos da transação, capazes de atingir a finalidade que fez nascer o móvel.

A colocação do motivo como pressuposição não deve ser observada com estranheza. O móvel que leva o agente a pretender a contratação não se confunde com as condições da contratação, voltadas à satisfação daquele (e.g. alguém precisa de uma estante de livros para acomodar sua vasta biblioteca, este é o móvel; alguém contrata um marceneiro para fabricá-la, pressupondo que a qualidade do material suportará o peso dos raros volumes, esta é a pressuposição).

Além disso, o motivo pode ser transformado em condição, em elemento accidental do negócio jurídico, condicionando a própria manifestação de vontade (v.g. alguém se prontifica a comprar a coleção de livros de O. GIERKE de outrem, se na biblioteca que herdou de um parente distante, a qual receberá em alguns dias, aquele conjunto de obras não estiver presente). Neste caso, quem contrata condicionalmente não está certo e seguro de que a contratação permitirá o atingimento do fim.

Desse modo, a crítica de O. LENEL não subsiste, mas foi exatamente ela que conduziu o pensamento de P. OERTMANN para a formulação da teoria da base do negócio jurídico.⁴⁰⁴

⁴⁰³ R. FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 148-167; e F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Eugenio Jovene, 1959, pp. 150. Igualmente, O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 247-148.

⁴⁰⁴ *“La distinción entre la presuposición en el sentido de WINDSCHEID y la por él denominada base del negocio, la establecía OERTMANN de la siguiente manera: la presuposición, tal qual WINDSCHEID había desarrollado este concepto, es ‘base o parte integrante de una declaración aislada, no del acto negocial bilateral’; la base del negocio, en cambio, se refiere ‘no a la declaración aislada, sino al negocio como un todo’. De este modo, la base del negocio es,*

A teoria da pressuposição é ainda a que melhor explica a responsabilidade pelos vícios ocultos, à luz de suas consequências, inclusive.

A permissão de desfazer o negócio ou de reduzir o preço pago revela inegavelmente que a lei procura manter a equivalência das prestações, à luz do quanto desejado pelas partes.

Se o fim não pode ser atingido pela falta de utilidade da coisa, permite-se ao adquirente que simplesmente desfaça o negócio, exercendo sua competência.⁴⁰⁵ Se preserva a utilidade, franqueia-se-lhe a possibilidade de reduzir proporcionalmente a contraprestação a que se obrigou, considerando a coisa íntegra, isto é, sem o vício não cogitado.

Os vícios ocultos geram uma incongruência entre o fim pretendido pelo adquirente e o meio eleito, incongruência advinda da ausência de correspondência entre a condição do objeto sob o aspecto de sua qualidade subjetiva e sua real situação, com a conseqüente disparidade entre as prestações recíprocas do contrato comutativo.⁴⁰⁶

Note-se que esta teoria acomoda-se à teoria subjetiva da natureza do vício, com que traz inegável valor científico a sua adoção, uma vez que não gera conclusões díspares.

Mesmo no que tange à exceção contida na compra e venda *ad mensuram*, de devolução de área excedente ou complementação do preço (art. 500, §2º, CC), a teoria da pressuposição incide perfeitamente.

Isso porque o vendedor tinha fortes razões (e o ônus da prova é seu) para crer que o imóvel continha menos área do que realmente tinha, pressupondo que vendia uma coisa de uma determinada extensão, quando na verdade alienava imóvel maior. Sendo excusável, o comprador deverá escolher complementar o preço pago proporcionalmente ou devolver a área a maior recebida.

repetiendo la conocida definición, 'la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negociada' (K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. esp. de C. F. Rodríguez, Granada, Comares, 2002, p. 20).

⁴⁰⁵ No sentido de direito formativo ou direito potestativo, segundo a melhor terminologia de A. ROSS, *Directives and norms*, New York, Humanities, 1968, pp. 116-124.

⁴⁰⁶ F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Eugenio Jovene, 1959, pp. 180-182.

Desse modo, apresentadas todas as teorias atualmente existentes para explicar a natureza jurídica da responsabilidade por vícios ocultos, a teoria da pressuposição é a que melhor satisfaz à lógica do instituto e suas consequências legais; inclusive na exceção por último referida.

5. OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O subsistema jurídico voltado à defesa dos consumidores - e, por isso, pode ser chamado de um direito de casta - possui regime próprio e bastante diverso no tratamento dos vícios dos produtos ou dos serviços objetos das relações de consumo.⁴⁰⁷

A necessidade de desenvolvimento de um regime especial de proteção ao consumidor não cabe nesta pesquisa,⁴⁰⁸ mas é pressuposto para justificar a variação de regime, atualmente bastante acentuada, mas que, como se verá, deveria ser menos relevante nas faculdades postas à disposição do prejudicado.⁴⁰⁹

Em razão dessas diferenças, nos tópicos seguintes serão apresentados os fatores de distinção entre os regimes, com o fim de delimitar bem suas dessemelhanças. Tudo quanto não for diferente, seguirá o mesmo regime até então apresentado.

5.1. Vício oculto, de fácil constatação e aparente

No regime especial, ao revés do regime geral, o vício para legitimar as ações edilícias (e outras opções que serão analisadas oportunamente), não precisa ser oculto.

⁴⁰⁷ Sobre as diferenças de tratamento entre os regimes: cf. C. L. B. GODOY, *Vícios do produto e do serviço*, in R. LOTUFO - F. R. MARTINS (coords.), *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: Conquistas, desafios e perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 338-339; F. GABURRI, *Vícios redibitórios e vícios do produto: Confrontações entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*, in G. M. F. N. HIRONAKA - F. TARTUCE (coords.), *Direito contratual - Temas atuais*, São Paulo, Método, 2008, pp. 388-390; O. N. C. QUEIROZ, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, *Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 118-145; e J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 87-136.

⁴⁰⁸ Sobre o tema, confira-se o esboço histórico em J. M. O. SIDOU, *Proteção ao consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, pp. 1-41; e O. N. C. QUEIROZ, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, *Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 50-55; e, da mesma autora, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço - Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11.9.90)* in N. NERY JÚNIOR - R. M. A. NERY (orgs.), *Doutrinas essenciais: Responsabilidade civil*, v. IV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 845-854.

⁴⁰⁹ Ainda sobre a necessidade de alteração do regime comum: M. A. MOURA, *Insuficiência da teoria dos vícios redibitórios na defesa do consumidor*, in *Repertório IOB Jurisprudência* 01/93 (1993), pp. 17-15.

O CDC prevê positivamente três espécies de vícios, sob a perspectiva de sua constatação. São aparentes, de fácil constatação ou ocultos.⁴¹⁰

Dos vícios aparentes e dos de fácil constatação cuida o *caput*, do art. 26, CDC, e dos vícios ocultos, o §3º daquele dispositivo.

O vício aparente é aquele de percepção imediata pelos sentidos, como, por exemplo, uma rachadura em um espelho. Este não se confunde com o vício de fácil constatação, porque separados pelo disjuntivo “ou”, de modo que deve ser conceituado como o vício em que os sentidos não percebem com facilidade imediata, mas que basta uma constatação superficial para percebê-lo, como, por exemplo, um produto embalado em um vidro, com aparência normal, mas que está azedo, bastando para percebê-lo abrir o pote antes de utilizá-lo para que seus vapores indiquem sua condição.

O vício oculto no regime do direito do consumidor é exatamente o mesmo do regime jurídico de direito civil. Contudo, ao revés do que ocorre no regime geral do direito civil, a não ressalva do vício aparente ou de fácil constatação não implica em renúncia pelo consumidor do direito de reclamá-lo.

Essa distinção entre vícios aparentes, de fácil constatação e ocultos serve no regime especial para diferenciar o prazo que o consumidor tem para reclamá-los, nos termos do art. 26 e §3º, CDC.

A previsão de proteção por vícios aparentes ou de fácil constatação suprime omissão legislativa do CC/16, e mesmo do CC atual, que não trataram do tema, diferentemente de outras legislações, que são expressas em afirmar a irresponsabilidade do alienante quanto aos vícios aparentes, conhecidos e de fácil constatação, quando recebida a coisa sem ressalvas do adquirente. Melhor seria o CC tratar do assunto expressamente, afastando a responsabilidade, nos

⁴¹⁰ S. CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 266-267; J. G. B. FILOMENO, *Curso fundamental de direito do consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, pp. 172-173; J. F. SIMÃO, *Vícios do produto - questões controvertidas*, in A. C. MORATO - P. T. NERI, *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, São Paulo, Atlas, 2010, pp. 402-404; e, do mesmo autor, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 62-69; e A. AMARAL JÚNIOR, *A originalidade da disciplina dos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor* in A. C. MORATO - P. T. NERI, *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, São Paulo, Atlas, 2010, pp. 219-220.

termos já analisados no item 3.3, sem prejuízo da adequada previsão específica do CDC, à luz da natureza da relação de consumo.⁴¹¹

5.2. Classificação dos vícios no CDC

No regime especial, os vícios (aparentes, de fácil constatação e ocultos) são ainda classificados entre vícios por inadequação (art. 18, CDC) e vícios por insegurança (art. 12, CDC),⁴¹² embora seja melhor nominar estes de fato do produto ou do serviço e aqueles como vício do produto ou do serviço, para delimitar com precisão o seu campo de incidência.

Os vícios por insegurança são chamados pelo CDC de defeitos, de modo que no regime específico há distinção entre vício e defeito.⁴¹³ Há vício independentemente de defeito, mas este sempre pressupõe aquele e gera algo além do simples não funcionamento da coisa ou da ineficiência do serviço, acarreta danos ao consumidor em sentido amplo.⁴¹⁴

O fato do produto decorre de um vício, mas revela um acidente de consumo gerado pelo vício, que o extrapola e, portanto, é capaz de causar danos ao consumidor.⁴¹⁵ Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício no regime consumerista.

O fato do produto ou do serviço extrapola os limites desta pesquisa que, por isso, se atará aos vícios por inadequação.

5.3. Vício de pequena monta

Diferentemente do regime geral, em que o vício deve ser significativa para legitimar as alternativas edilícias, no âmbito do CDC é irrelevante se o vício

⁴¹¹ J. M. O. SIDOU, *Proteção ao consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, pp. 132-134.

⁴¹² C. L. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2014, p. 1288.

⁴¹³ S. CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 240-265; J. G. B. FILOMENO, *Curso fundamental de direito do consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 148-155 e 166; e J. F. SIMÃO, *Vícios do produto - questões controvertidas*, in A. C. MORATO - P. T. NERI, *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 411.

⁴¹⁴ L. A. R. NUNES, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 241.

⁴¹⁵ S. CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 240-241.

é de grande ou pequena monta para franquear ao consumidor as opções legais em seu favor.⁴¹⁶

Nenhum dispositivo do CDC traz o requisito da gravidade do vício como necessário à configuração da responsabilidade do fornecedor para responder por eles.

A falta desta limitação explica-se pela oferta ampla de bens ao mercado de consumo, o que pressupõe a possibilidade de correção do vício ou a substituição do produto por outro não viciado, sendo estas duas alternativas postas à disposição do consumidor, que inexistem no regime geral como regra, como se verá quando se tratar dos remédios postos à disposição do adquirente.

5.4. Momento da verificação do vício

O momento da verificação do vício é o mesmo do regime geral, isto é, o momento da tradição ou da entrega do serviço, nos termos do art. 26, §1º,⁴¹⁷ CDC. Sendo oculto, o prazo inicia-se da revelação do vício (art. 26, §3º,⁴¹⁸ CDC).

S. CAVALIERI FILHO afirma que é irrelevante para a configuração do vício do produto que este seja contemporâneo à celebração do contrato, afirmando expressamente que esta seria uma distinção entre os regimes jurídicos de direito civil e de direito do consumidor.⁴¹⁹

A posição está errada e baseia-se na falsa compreensão de que o vício deve ser contemporâneo à celebração do negócio, o que não é correto, devendo ser contemporâneo à entrega, exatamente como no regime específico.

A alegação de que o CDC não faz qualquer distinção sobre o vício, “quanto a ser ele anterior, contemporâneo ou posterior à entrega do bem” é absurda.

⁴¹⁶ O. N. C. QUEIROZ, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço - Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11.9.90)* in N. NERY JÚNIOR - R. M. A. NERY (orgs.), *Doutrinas essenciais: Responsabilidade civil*, v. IV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 879.

⁴¹⁷ “§1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.”

⁴¹⁸ “§3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.”

⁴¹⁹ “Para que se configure o vício redibitório é ainda necessário que a coisa seja recebida em virtude de relação contratual, que o defeito seja grave e contemporâneo à celebração do contrato; (...) Esses requisitos são irrelevantes para a configuração do vício do produto, uma vez que o CDC não faz qualquer distinção à gravidade do vício, quanto a ser ele anterior, contemporâneo ou

O vício deve ser contemporâneo à entrega, tanto em um regime como em outro, ainda que em latência.⁴²⁰

Isto quer dizer que, ainda que o vício não esteja completamente formado, deve existir em potência, de modo latente,⁴²¹ no momento da entrega, sob pena de não haver vício a ser reclamado.

As causas do vício devem estar presentes, desenvolvendo-se naturalmente até se tornarem efetivamente o vício oculto, capaz de ser revelado aos sentidos, quando, então, o prazo para sua reclamação se iniciará (art. 26, §3º, CDC).

Se não existia em latência, a coisa estava perfeita, não havendo como se reclamar por vício inexistente. É uma contradição em termos a afirmação. É uma logomaquia. Se apareceu posteriormente à entrega é porque suas causas estavam latentes na coisa. Se não estavam, não há nexos que impute responsabilidade ao alienante.

Por fim, é importante notar que o vício deve desenvolver-se sob condições normais, ainda que catalisadas, mas não pode decorrer da má utilização da coisa.⁴²² Isso porque a causa superveniente independente afasta o nexos causal.

5.5. Natureza jurídica da responsabilidade pelo vício no CDC - Não há distinção entre a natureza jurídica no Direito do Consumidor e no Direito Civil

No Direito do Consumidor costuma-se afirmar que a responsabilidade pelos vícios decorre do princípio da confiança, afastando-se da ideia de culpa.

posterior à entrega do bem, e nem se esta se deu em razão do contrato.” (S. CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 266)

⁴²⁰ J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 68-69.

⁴²¹ Aqui, retorna-se ao exemplo do direito bizantino relativo aos vinhos, que se mantém, como se vê, absolutamente atual (Cf. F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1950, pp. 494-495).

⁴²² H. NIEDERLÄNDER, *Gewährleistung und Garantie bei der Sachmängelhaftung - Ein innerdeutscher Rechtsvergleich*, in E. WAHL - R. SERICK - H. NIEDERLÄNDER (eds.), *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung: Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967, p. 304. Referido ainda por P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 191, nota 1.

Fala-se em teoria da qualidade⁴²³ como o único fundamento do subsistema para a responsabilidade do fornecedor.

Afirma C. L. MARQUES, baseada em A. H. V. BENJAMIN, que a responsabilidade do fornecedor, contratual ou extracontratual, está objetivada, no sentido de verificar a conformação do produto ou do serviço, com o que dele se espera, ausente de vícios, e não na conduta do fornecedor (culpa).⁴²⁴

Escreve referida autora: “trata-se, como afirmamos anteriormente, de uma responsabilidade legal. O dever anexo de qualidade, *qualidade-adequação*, e seu reflexo, o *vício por inadequação* do produto ou do serviço, substituem no sistema do CDC, com largas melhoras, a noção de vício redibitório.”⁴²⁵

É interessante notar como a doutrina consumerista trata a questão, como se sua objetivação fosse nova, como se estivesse afeta apenas ao CDC, uma “teoria típica do novo direito do consumidor, não devendo ser utilizada no direito comercial ou direito civil comum, pois se trata de uma responsabilidade legal.”⁴²⁶

Contudo, em que pese as inegáveis inovações do CDC e seu avanço incontestável para o desenvolvimento do tema desta pesquisa, não parece que esta objetivação seja nova, nem que seja afeta apenas ao direito do consumidor, no que toca aos vícios ocultos.

No regime dos vícios ocultos na Roma antiga, a responsabilidade do alienante se dava independentemente de culpa e ainda que o alienante ignorasse a existência do vício.⁴²⁷ Era, portanto, uma responsabilidade objetiva.

⁴²³ A. H. V. BENJAMIN, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 38-40; e A. H. V. BENJAMIN, *Teoria da qualidade*, in A. H. V. BENJAMIN - C. L. MARQUES - L. R. BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2014, pp. 154-158.

⁴²⁴ C. L. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2014, pp. 1.289-1.294.

⁴²⁵ Op. cit. p. 1.292.

⁴²⁶ Op. cit. p. 1.293. Cf. C. L. B. GODOY, *Vícios do produto e do serviço*, in R. LOTUFO - F. R. MARTINS (coords.), *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: Conquistas, desafios e perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 331-338.

⁴²⁷ R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930, p. 39-41; P. JÖRS - W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1949, p. 235; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 524; A. D'ÓRS, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, p. 550; e J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 47-48, entre outros.

A responsabilidade do fornecedor sob o princípio da confiança poderia justificar-se sob a perspectiva das inovações trazidas pelo CDC, equiparando o vício aparente e o de fácil constatação ao oculto e criando, além das possibilidades edilícias, a alternativa de sanção do defeito às expensas do fornecedor ou a substituição do produto ou do serviço.

Contudo, não há razão para tanto.

Não é necessário valer-se da teoria da qualidade e do princípio da “proteção da *confiança que o produto ou serviço despertou legitimamente no consumidor*. Confiança esta na adequação do produto ou serviço aos ‘fins que razoavelmente deles se esperam’⁴²⁸ para justificar uma responsabilidade objetiva do alienante que persiste desde antes da era cristã.

O que a doutrina consumerista chamou, sob a perspectiva dos vícios redibitórios, de qualidade-adequação, no sentido de que o consumidor espera receber o produto ou o serviço sem vícios e de modo a satisfazer suas necessidades, independentemente de culpa do fornecedor, nada mais é do que adotar a teoria da pressuposição de B. WINDSCHEID.

Aliás, A. H. V. BENJAMIN, sem qualquer critério metodológico para explicar a contraposição entre a teoria dos vícios redibitórios e a teoria da qualidade, sustentou expressamente que o fundamento da responsabilidade pelos vícios redibitórios é a teoria do inadimplemento, baseando-se em W. B. MONTEIRO,⁴²⁹ e ao mesmo tempo sustentou que a teoria dos vícios redibitórios representa uma garantia ao comprador, apoiando-se em S. RODRIGUES e em L. G. P. LEÃES.⁴³⁰

Além da confusão apresentada, misturando as teorias do inadimplemento e da garantia, deixa de abordar a teoria da pressuposição, absolutamente suficiente para responder aos anseios de ambos os sistemas quanto ao fundamento da responsabilidade.

Ora, o negócio jurídico, mesmo o consumerista, é celebrado tendo-se em mira um fim, que só será alcançado se o produto ou o serviço for capaz de

⁴²⁸ C. L. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2014, p. 1.293.

⁴²⁹ A. H. V. BENJAMIN, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 37.

⁴³⁰ Op. cit. pp. 37-38.

atingir as justas expectativas dos contratantes, isto é, se dele for possível retirar o que razoavelmente se espera.

Ainda que com as alterações promovidas pelo direito do consumidor no que tange aos vícios do produto ou do serviço nas relações de consumo, a essência da responsabilidade é a mesma, dê-se o nome que quiser à teoria que imputa a responsabilidade ao alienante (fornecedor).

As inovações do CDC não estão no fundamento da responsabilidade pelos vícios, nem em sua objetivação, mas sim na ampliação da incidência do regime aos vícios aparentes e de fácil constatação (necessários à proteção efetiva do consumidor padrão), nas faculdades abertas ao consumidor em razão do vício, e inexistentes no regime do CC, na possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor e na solidariedade dos fornecedores da cadeia de consumo pelos vícios.⁴³¹

A doutrina consumerista traz as faculdades da substituição da coisa e o seu reparo como alheia aos vícios redibitórios,⁴³² sem maiores digressões, abstraindo-se que o Esboço de A. TEIXEIRA DE FREITAS contemplou hipóteses de reparo ou substituição, ignorando o regime da empreitada e da compra e venda de imóveis *ad mensuram* etc., temas que serão abordados oportunamente, mas cuja referência se faz indispensável para a crítica da posição consumerista.

5.6. Ônus da prova

Inovação inegável do direito do consumidor em tema de vícios redibitórios é a inversão do ônus da prova.⁴³³

No regime comum do CC, incumbe ao adquirente comprovar a existência do vício ou do defeito no momento da tradição, ainda que em latência. No âmbito do CDC, a prova de que o vício não existia incumbe ao fornecedor.⁴³⁴

⁴³¹ L. R. BESSA, *Vício do produto ou serviço*, in A. H. V. BENJAMIN - C. L. MARQUES - L. R. BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2014, pp. 211-213; e 223-224. C. L. B. GODOY menciona a teoria da pressuposição, contudo, sem desenvolvê-la in *Vícios do produto e do serviço*, in R. LOTUFO - F. R. MARTINS (coords.), *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: Conquistas, desafios e perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 333-338.

⁴³² A. H. V. BENJAMIN, *Teoria da qualidade*, in A. H. V. BENJAMIN - C. L. MARQUES - L. R. BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2014, p. 152.

⁴³³ Op. cit. mesma página, p. 153.

⁴³⁴ A. H. V. BENJAMIN, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 34-35.

A inversão não será automática, é certo, mas poderá ocorrer em duas hipóteses: a) quando sua alegação for verossímil; ou b) quando o consumidor for hipossuficiente para a produção da prova, segundo as regras de experiência; tudo com o fim de facilitar a defesa de seus direitos em juízo, como determina expressamente o CDC (art. 6º, VIII).

Além disso, é dever do fornecedor provar a veracidade e a correção da informação ou da comunicação publicitária por si patrocinada (art. 38, CDC),⁴³⁵ o que é relevante à luz da concepção subjetiva do vício. Isso porque informado de determinadas qualidades (prometidas) pelo fornecedor, sua falta configura inegável vício (oculto ou não) e a prova de sua adequação é do fornecedor, não tendo o consumidor que provar a falta das qualidades mencionadas na informação ou na mensagem publicitária;⁴³⁶ diversamente do que ocorre com o direito comum, em que o adquirente teria que provar a falta das qualidades prometidas.

⁴³⁵ A. ALVIM - T. ALVIM - E. A. ALVIM - J. MARINS, *Código de Defesa do Consumidor comentado*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, pp. 209-210.

⁴³⁶ A afirmação de P. L. N. LÔBO, no sentido de que a “responsabilidade por vício sempre decorreu do defeito intrínseco da coisa, que a tornasse funcionalmente inútil ou inadequada ao uso, ou reduzisse o seu valor.” (*Responsabilidade por vício do produto ou serviço*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, pp. 65-66), deve ser analisada com ressalvas, porque desde o antigo direito romano o vendedor era responsável por qualidades asseguradas que eventualmente a coisa não possuísse. A falta de qualidades não representava algo que a coisa possuísse, mas exatamente algo que ela não tinha, mas que deveria ter. Ainda que se considerasse a ausência de qualidades como intrínseca à coisa, não se pode afirmar que os vícios redibitórios sejam necessariamente inerentes às coisas viciadas. Tome-se o exemplo do imóvel invadido por águas pluviais em caso de enchente, ou do hotel alienado e invadido por percevejos, ou da plantação infestada por ervas daninhas (Cf. R. LIMONGI FRANÇA, *Do vício redibitório*, in *Questões práticas de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 107-119).

6. CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

O direito positivo brasileiro, além do CC e do CDC, possui ainda outro instrumento normativo que cuida dos vícios redibitórios, a saber: a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral.⁴³⁷

Referida Convenção foi firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980 e internalizada pelo Decreto Legislativo nº 538, de 18 de outubro de 2012. Em seguida, foi promulgada pelo Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014, para ter vigor no Brasil a partir de 1º de abril de 2014, após um ano de *vacatio legis*, a contar do depósito da Carta de Adesão do Brasil nas Nações Unidas, ocorrido em março de 2013. O documento foi internalizado no Brasil com natureza jurídica de lei ordinária.⁴³⁸

A importância do documento é inegável, sendo tido como o mais importante instrumento de regulação das compras e vendas internacionais,⁴³⁹ cujo objetivo foi uniformizar as regras da compra e venda internacional.⁴⁴⁰

Em seu bojo, o documento trata do modo pelo qual a prestação deve ser realizada, cuida do cumprimento desconforme, detalhando aspectos do objeto da prestação e traz as consequências do fato; temas que serão abordados nos tópicos seguintes.

Destaque-se que a percepção de sua internalização no sistema positivo é absolutamente relevante, uma vez que o sistema jurídico é invadido por norma que define o cumprimento defeituoso e traz caracteres a respeito do seu regime jurídico com natureza de norma infraconstitucional a permitir ao intérprete utilizá-la como critério sistemático de harmonização do todo.

⁴³⁷ No curso do texto preferir-se-á a utilização da sigla em inglês (CISG), por sua consagração, ao revés de Uncitral.

⁴³⁸ Sobre a tardia internalização e com uma introdução sobre a CISG em relação ao Brasil, cf. F. B. P. POLIDO, *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias de 1980 e suas interações com o direito brasileiro: Encontro marcado ou justiça tardia?* in A. WALD (coord.), *Revista de arbitragem e mediação* 43 (2014), pp. 251-256.

⁴³⁹ J. MARTINS-COSTA, *As obrigações do vendedor no contrato de compra e venda internacional de mercadorias regido pela CISG*, in I. SCHWENZER - C. A. G. PEREIRA - L. TRIPODI (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, pp. 295 e nota 2.

6.1. Âmbito de incidência

A incidência da CISG não é ilimitada. Não se trata de uma lei geral, mas de um tratado específico, que se aplica apenas aos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos, “(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.”⁴⁴¹ (art. 1º, 1, CISG), embora não se leve em conta “a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.” (art. 1º, 3, CISG).

Situando-se os estabelecimentos nos territórios de Estados Contratantes, a incidência da CISG é automática, sem que seja necessário recorrer-se a normas de direito internacional privado.

Por outro lado, a CISG não se aplica às compras e vendas de mercadorias para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento da conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal fim; aos negócios decorrentes de hastas públicas em processo judicial de execução; às compras e vendas de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; a negócios que tenham por objeto navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves; e a negócios relativos à compra e venda de eletricidade (art. 2º, CISG).

Igualmente não se aplica a CISG aos contratos em que a parcela preponderante do fornecedor das mercadorias consistir na oferta de mão de obra ou de outros serviços (art. 3º, 2, CISG). A parte preponderante é verificada em termos econômicos em primeiro lugar e, não sendo possível sua aplicação, adota-se o critério da essencialidade, nos termos da orientação do Comitê Consultivo da Convenção.⁴⁴²

⁴⁴⁰ F. KUYVEN - F. A. PIGNATTA, *Comentários à convenção de Viena*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 33 e nota 1.

⁴⁴¹ É possível fazer uma reserva contra esse mecanismo de aplicação da CISG (art. 95, CISG), o que o Brasil se absteve de fazer. Cf. I. SCHWENZER, *Uniform sales law - Brazil joining the CISG Family*, in I. SCHWENZER - C. A. G. PEREIRA - L. TRIPODI (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, pp. 24-25.

⁴⁴² “9. In interpreting the words ‘preponderant part’ under Article 3(2) CISG, primarily an ‘economic value’ criterion should be used. An ‘essential’ criterion should only be considered where the ‘economic value’ is impossible or inappropriate to apply taking into account the circumstances of the case.” (CISG-AC Opinion no 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), 24 October 2004, Rapporteur: Professor Pilar

A CISG não prevalecerá sobre outros acordos internacionais já celebrados ou firmados posteriormente sobre a mesma matéria (art. 90, CISG). Também poderão os Estados Contratantes afastar a incidência da CISG quando tiverem normas idênticas ou similares na regulação de suas contratações (art. 94, CISG).⁴⁴³

Os Estados Contratantes podem ainda afastar a incidência da alínea b, do item 1, do art. 1º, CISG, apondo reserva ao tratado (art. 95, CISG), bem como afastar a aplicação dos arts. 11, 29 ou a segunda parte da CISG quando seu direito interno exigir a contratação de compra e venda por escrito.

Tendo presente a ratificação e a internalização do tratado pelo Brasil e os contornos de sua incidência, passar-se-á a analisar os dispositivos relativos ao cumprimento do contrato relacionados com o objeto da pesquisa.

6.1.1. Conflito de normas - CDC e CC x CISG

A introdução da CISG poderia ensejar a existência de antinomia entre o seu conteúdo e o CC e o CDC.

O conflito entre a CISG e o CDC não existiria porque o segundo é destinado a regular as relações de consumo em que os bens e os serviços são adquiridos pelo consumidor enquanto destinatário final,⁴⁴⁴ e a primeira não se

Perales Viscasillas, Universidad Carlos III de Madrid. Adopted by the CISG-AC on the 7th meeting held in Madrid with no dissent - in: <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=146&sid=146> acesso aos 27/05/2016).

⁴⁴³ *E.g.* Os países nórdicos (Dinamarca, Finlândia, Noruega, Suécia e Islândia) decidiram não se submeter à CISG quando contratarem entre si.

⁴⁴⁴ Não se olvida que em torno da interpretação do conceito de consumidor surgiram duas correntes básicas, a maximalista (objetiva) e a finalista (subjativa). Sobre a corrente maximalista, as palavras de S. CAVALIERI FILHO: “A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço. Não é preciso perquirir a finalidade do ato de consumo, ou seja, é totalmente irrelevante se a pessoa objetiva a satisfação de necessidades pessoais ou profissionais, se visa ou não lucro ao adquirir a mercadoria ou usufruir o serviço.” (*Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 50). Quanto à corrente subjetivista, o mesmo autor escreve: “A corrente subjetivista, a seu turno, entende ser imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final seja entendida como econômica, isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça a uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial. Não se admite, destarte, que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa...” (op. cit., p. 51). A posição subjetivista é a mais adequada às situações diuturnas, admitindo-se temperamentos em casos de evidente hipossuficiência. Nesse sentido é a posição do Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente adotou a corrente oposta (e.g.: REsp 541867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, Segunda Seção, julgado em 10/11/2004, DJ

destina “às vendas de mercadorias para uso pessoal, familiar ou doméstico” (art. 2º, a, CISG). Contudo, poderia haver, na medida da ressalva da parte final do mesmo dispositivo: “salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal fim”.

Ora, havendo referida ressalva é possível cogitar-se da incidência da CISG às relações de consumo. Isso ocorrerá inclusive por determinação constitucional (art. 5º, §2º, CR) e legal (art. 7º, CDC).

Desse modo, havendo uma compra e venda entre um consumidor e um vendedor situados em estados signatários diversos é possível cogitar-se a aplicação da CISG à referida relação jurídica sempre em benefício do consumidor, à luz da norma que lhe é protetiva.

Ao contrário, não se cogita de conflito entre a CISG e o CC, uma vez que o âmbito de incidência é diverso e não há norma que permita a comunicação dos regimes, como ocorre com o direito do consumidor.⁴⁴⁵

6.2. O cumprimento (des)conforme o contrato

O art. 35,⁴⁴⁶ CISG, que encabeça a seção denominada “conformidade das mercadorias e direitos ou pretensões de terceiros”, impõe que o devedor entregue as mercadorias “na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida” (item 1).

16/05/2005 p. 227; REsp 660026/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, Quarta Turma, julgado em 03/05/2005, DJ 27/06/2005 p. 409; etc.).

⁴⁴⁵ L. E. FACHIN, *CISG, Código Civil e Constituição brasileira: paralelos congruentes sob os deveres de conformidade das mercadorias*, in I. SCHWENZER - C. A. G. PEREIRA - L. TRIPODI (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, p. 545.

⁴⁴⁶ “Artigo 35 1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida. (2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se: (a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam; (b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo; (c) possuírem as qualidades das amostras ou modelos de mercadorias que o vendedor tiver apresentado ao comprador; (d) estiverem embaladas ou acondicionadas na forma habitual para tais mercadorias ou, à falta desta, de modo apropriado à sua conservação e proteção. (3) O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas (a) a (d) do parágrafo anterior, se, no momento da conclusão do contrato, o comprador sabia ou não podia ignorar tal desconformidade.”

O item (1) do artigo mencionado revela o princípio da pontualidade no cumprimento da prestação pelo devedor, que deve entregá-la tal qual prevista no contrato, observando todas as suas especificidades.

Isso foi chamado de princípio da conformidade.⁴⁴⁷

O item (2) do dispositivo cuida da conformidade das mercadorias de modo supletivo, isto é, quando não houver previsão minuciosa das partes acerca do que seria a mercadoria conforme.⁴⁴⁸

Segundo este dispositivo, a mercadoria será conforme o contrato quando: (a) forem adequadas ao uso a que se destinam normalmente; (b) forem adequadas ao uso especial expresso ou implícito na manifestação do vendedor, exceto se o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor ou quando não era razoável fazê-lo; (c) possuírem as características das amostras ou dos modelos sobre os quais se baseou o contrato; e (d) estiverem embaladas ou acondicionadas do modo habitual para mercadorias de sua espécie ou, à falta desta, de modo apropriado a sua proteção e conservação.

A *contrario sensu*, será desconforme o contrato a prestação diversa, inadequada ao uso a que se destina, não correspondente às amostras ou aos

⁴⁴⁷ J. MARTINS-COSTA, *As obrigações do vendedor no contrato de compra e venda internacional de mercadorias regido pela CISG*, in I. SCHWENZER - C. A. G. PEREIRA - L. TRIPODI (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, p. 309. A mesma autora afirma que referido princípio é denominado “princípio da exatidão ao prestar” (mesma página, nota 47). A nomenclatura não é relevante, nem traz contribuição útil à ciência a criação de diversos nomes para afirmar a mesma coisa sem razão que justifique a superação de nomes anteriores. O CC Port. de 1867, em seu art. 702, era expresso em afirmar que o cumprimento deveria dar-se pontualmente, isto é, ponto a ponto, de onde retirou-se o chamado, pelo direito português, princípio da pontualidade. Cf. J. D. FERREIRA, *Código Civil português anotado*, v. II, Lisboa, Imprensa Nacional, 1871, pp. 150-152 e 214. A mesma disposição está no atual CC Port., no art. 406, mantendo-se em vigor naquela nação o princípio da pontualidade. Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12^a ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 995-999. Também R. R. AGUIAR JÚNIOR vale-se da expressão pontualidade, seguindo o mencionado autor português (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 91). Sobre a inutilidade de utilização de signos vernaculares diversos para a expressão da mesma ideia científica e a confusão que daí decorre, Cf: L. WITTGENSTEIN escreveu: “3.323 Na linguagem corrente sucede muito frequentemente que a mesma palavra designa de modo e maneira diferentes - e portanto que pertence a símbolos diferentes - ou sucede que, duas palavras que designam de modos e maneiras diferentes, são aparentemente empregues na proposição do mesmo modo e maneira. (...)” (*Tractatus logico-philosophicus* (1922) - *Philosophical investigations* (2001), *Tratado lógico-filosófico e Investigações filosóficas*, trad. port. de M. S. Lourenço, 5^a ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2011, p. 46) e “3.324 Assim surgem facilmente as mais fundamentais confusões (de que toda a filosofia está repleta).” (op. cit., p. 47).

⁴⁴⁸ A verificação da conformidade dá-se, portanto, em duas fases, a primeira à luz das disposições contratuais e a segunda à luz do item 2, do art. 35, CISG. Cf. T. RODOVALHO, *Obrigações do vendedor e do comprador e a conformidade da mercadoria - notas sobre o caso New Zeland mussels case*, in I. SCHWENZER - C. A. G. PEREIRA - L. TRIPODI (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, p. 321.

modelos sobre os quais se baseou o contrato ou quando embaladas de modo inapropriado a sua conservação.

Ainda sobre o art. 35, CISG, importa observar que não há distinção entre a entrega de coisa diversa da entrega de coisa com qualidade diversa, inseridas ambas as hipóteses no mesmo regime jurídico, o que é natural à luz da máxima *ubi eadem ratio idem jus*.

Desse modo, toda entrega não conforme ao contrato é considerada defeituosa, aqui incluída a prestação com vícios aparentes e redibitórios. Mesmo no caso de entrega de coisa diversa (*aliud*), nos termos da Convenção, haverá desconformidade e não inadimplemento.⁴⁴⁹

Note-se que no regime da Convenção, haverá cumprimento defeituoso também quando o vendedor entregar mercadorias em quantidade superior à devida, hipótese em que o comprador deve rejeitar o que sobeja a quantidade prevista no contrato ou aceitá-la pagando o valor da diferença segundo o preço do contrato.

Ainda neste particular, deve-se observar que a entrega antecipada constitui espécie de cumprimento desconforme, a permitir ao comprador rejeitar a mercadoria, nos termos do art. 52, (1),⁴⁵⁰ CISG, embora já se tenha decidido que a recusa não pode ser um ato abusivo.

Por fim, deve-se ter em mente que as regras sobre as opções do comprador e as alternativas do vendedor contidas nos arts. 46 a 50, CISG, incidem tanto no caso de cumprimento parcial da obrigação como no caso de cumprimento integral da prestação, estando todas as mercadorias desconformes ou apenas parte delas.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ “(...) *The Court observed that according to CISG the delivery of goods different than the ones agreed upon (i.e. unprepared instead of prepared planks) is not a case of non-performance (non delivery) but has to be considered as a lack of conformity (Art. 35 CISG). (...)*” (Date: 29.06.1999, Country: Austria, Number: 1 Ob 74/99 K, Court: Oberster Gerichtshof, in <http://www.unilex.info/case.cfm?id=419>, acesso aos 16.05.2015). Sobre o tema *aliud vs. pejus* no âmbito da Convenção: F. KUYVEN - F. A. PIGNATTA, *Comentários à convenção de Viena*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 302. Referidos autores cuidam da diferença entre o *aliud* e o *pejus* no sistema dualista, não adotado pela convenção.

⁴⁵⁰ “Artigo 52 (1) Se o vendedor entregar as mercadorias antes da data fixada, o comprador poderá, a seu critério, recebê-las ou não. (2) Se o vendedor entregar quantidade superior àquela prevista no contrato, o comprador poderá aceitar ou não a entrega da quantidade excedente. Se o comprador aceitar a entrega da totalidade ou de parte da quantidade excedente, deverá pagá-la de acordo com o preço do contrato.”

⁴⁵¹ “Artigo 51 (1) Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente

6.3. Conhecimento do vício pelo comprador

O item (3) do art. 45, CISG, cuida expressamente do conhecimento do vício pelo comprador que celebra ainda assim o contrato, sem qualquer ressalva. Nesta hipótese, não há responsabilização do vendedor pela desconformidade.

Segundo o dispositivo, sempre que o comprador sabia que as mercadorias não eram adequadas ao uso a que normalmente se destinavam ou que não estavam embaladas do modo que habitualmente referidas mercadorias são empacotadas ou que não estavam embaladas de modo a preservar sua conservação e lhe assegurar proteção, não há responsabilização do vendedor pelas referidas desconformidades.

O dispositivo vai além e acrescenta que igualmente não haverá responsabilização do vendedor sempre que o comprador “não podia ignorar no momento da conclusão do contrato” a desconformidade. Esta expressão deve ser interpretada *cum grano salis*.

O comprador precisa informar-se antes de celebrar o contrato, mas não examinar a mercadoria propriamente, de modo que apenas uma negligência grosseira exoneraria o vendedor.⁴⁵²

É mister observar que o comprador não será prejudicado caso o vendedor atue de má-fé, ocultando defeitos ou desconformidades, mesmo que tenha sido negligente o comprador, uma vez que é melhor proteger o desdioso que o fraudador.⁴⁵³

parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme. (2) O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial do contrato.”

⁴⁵² F. KUYVEN - F. A. PIGNATTA, *Comentários à convenção de Viena*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 315.

⁴⁵³ “The [seller] sold a used car to the [buyer], both parties being car dealers. The documents showed that the car was first licensed in 1992 and the mileage on the odometer was low. The sales contract included the exclusion of any warranty. The [buyer] later sold the car to a customer, who discovered that the car had been first licensed in 1990 and that the actual mileage on the odometer was much higher. The [buyer] paid damages to his customer and demanded the same amount as damages from the [seller]. (...) Even though the [buyer] could have detected the car's lack of conformity with the contract, the [seller] could not avail itself of article 35(3) CISG since the [seller] knew the actual age of the car and thus acted fraudulently. The appellate court held that article 35(3) CISG could not be relied on by a fraudulent seller, referring to the general principles embodied in articles 40 and 7(1) CISG. According to the appellate court, even a very negligent buyer deserves more protection than a fraudulent seller. Although, the exclusion of any warranty was possible under article 6 CISG, it was held to be invalid in this case. The appellate court found that the substantial validity of such a clause was not governed by the CISG. In this case, this question was governed by German law, according to which an exclusion of warranty is invalid if the seller acts fraudulently.” (Germany: Oberlandesgericht Köln, 21 May 1996, Case law on UNCITRAL

6.4. Anterioridade do vício

O sistema específico da CISG não é diverso, no particular, do regime comum de direito civil e nem do regime especial do direito do consumidor.

O art. 36,⁴⁵⁴ CISG, afirma que o vendedor é responsável por qualquer desconformidade que exista no momento da transferência do risco ao comprador, “ainda que só venha a se evidenciar posteriormente” (1).

O critério adotado foi o da transferência do risco.⁴⁵⁵ Assim, caso a desconformidade seja imputada a um fato posterior à transferência do risco, nenhuma responsabilidade terá o vendedor em relação a ele.

Referido artigo ressalva ainda a responsabilidade do vendedor pela desconformidade que se manifesta após a transferência do risco, desde que a sua época já existisse em potência, de modo latente,⁴⁵⁶ como no caso da salitração dos rebocos, quando o empreiteiro utilizou areia proveniente de zonas marítimas para a fabricação do cimento.⁴⁵⁷

texts (CLOUT) abstract nº 168, Case Number/Docket Number: 22 U 4/96, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html> acesso aos 16.05.2015).

⁴⁵⁴ “Artigo 36 (1) O vendedor será responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer desconformidade que existir no momento da transferência do risco ao comprador, ainda que esta desconformidade só venha a se evidenciar posteriormente. (2) O vendedor será igualmente responsável por qualquer desconformidade que ocorrer após o momento referido no parágrafo anterior, que seja imputável ao descumprimento de qualquer de suas obrigações, inclusive quanto à garantia de que, durante certo período, as mercadorias permanecerão adequadas a seu uso normal ou a determinado uso especial, ou que conservarão as qualidades ou características especificadas.”

⁴⁵⁵ Afasta-se parcialmente da tradicional opinião atribuída a J. R. POTHIER (*Traité du contract du vente selon les regles tant du for de la conscience, que du for exteérieur*, t. 1, Paris, Chez Debure, 1781, pp. 313-326), que aplicava cegamente a regra romana, como mencionado no item 3.5 deste trabalho, tendo em vista que o defeito não precisa apenas ser existente à época da conclusão do contrato, mas deve existir antes da tradição em latência. Nesse sentido, M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 147.

⁴⁵⁶ Aqui, retorna-se ao exemplo do direito bizantino relativo aos vinhos, que se mantém, como se vê, absolutamente atual (Cf. F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1950, pp. 494-495).

⁴⁵⁷ P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 191. O exemplo foi dado também por L. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, v. VII, Coimbra, Coimbra, 1933, p. 641 que afastou a responsabilidade do empreiteiro. O primeiro autor mencionado acredita que a razão do afastamento da responsabilidade pelo segundo, seja este ter considerado certas regiões de Portugal, em que a salitração é comum, por razões climáticas. Todavia, ainda nesta hipótese haveria responsabilidade do empreiteiro se as condições climáticas fossem conhecidas de um profissional médio que atuasse na região. Além da salitração, L. CUNHA GONÇALVES dá ainda o exemplo do aparecimento de carunchos na madeira, igualmente afastando a responsabilidade do empreiteiro.

Em sistemas como o brasileiro, em que a transferência do risco se dá com a tradição (art. 234, CC), o problema será definir a questão fática relativa à existência do vício ainda em potência, antes da tradição, culminando no desabrochar do defeito após a transferência da posse ou da propriedade, como no exemplo em que um veículo é alienado com uma rachadura em um pistão, que se rompe após a tradição, mas cuja destruição ocorreu gradativamente pelo desgaste e saturação da peça. Esta foi a ressalva do item (2) da norma descrita.

Note-se que eventual má embalagem do produto transferido pode ser a causa do desenvolvimento do defeito que surgirá após sua abertura, hipótese em que o embalador deverá ser responsabilizado, podendo ou não ser o vendedor, a depender da cláusula a que submetido o transporte (CIF ou FOB⁴⁵⁸).

6.5. Dever do comprador de examinar a coisa recebida

O art. 38,⁴⁵⁹ CISG, impõe ao comprador o dever de inspecionar as mercadorias ao recebê-las. Referida obrigação não existe no direito comum brasileiro, em face da forma com que cuida da desconformidade, prevendo as

⁴⁵⁸ A questão, todavia, em razão da análise fática, é complexa, como demonstra o seguinte exemplo: “*The Commission held that also the canning and packaging of goods should have been in conformity with the agreement, according to Arts. 35 and 36 CISG, and that the said provisions would apply even had there been no agreement on this issue between the parties. The Commission found that the goods reached the buyer in bad conditions due to lack of adequate canning and packaging, and considered that both the Argentine and the Chilean firms knowing that the goods were to be shipped were obliged to ship the goods with adequate canning and packaging in order to store and protect the goods during carriage. The COMPROMEX held that the existence of a FOB clause in the case at hand did not exempt the seller from liability: even if the buyer bears any risk after the loading of the goods on the ship in the shipping port, the seller is not exempted from any obligation in case of any event affecting the goods, unless it complied with any term of the agreement; the Court made it clear that the seller is liable for any lack of conformity which exists at the moment of the passing of the risk, even if the lack of conformity becomes apparent later on, and that the seller will be responsible for any lack of conformity caused by the breach of any of its obligations, as it happened in the case at hand. (...) The COMPROMEX held the Argentine firm liable since it had not supervised the canning and packaging of the goods carried out by the sub-contracted firm, and this had caused the deterioration of goods due to inadequate canning and packaging. The Commission then held that the Argentine firm should pay to the buyer a sum equal to the price paid for the goods, and provide it with invoices expressing the correct value of the transaction.*” (Date: 29.04.1996, Country: Mexico, Number: M/21/95, Court: COMPROMEX, Comisión para la Protección del Comercio Exterior de Mexico, in <http://www.unilex.info/case.cfm?id=258>, acesso aos 17.05.2015).

⁴⁵⁹ “Artigo 38 (1) O comprador deverá inspecionar as mercadorias ou fazê-las inspecionar no prazo mais breve possível em vista das circunstâncias. (2) Se o contrato envolver o transporte das mercadorias, a inspeção poderá ser adiada até a chegada delas a seu destino. (3) Se o comprador alterar o destino das mercadorias em trânsito, ou as reexpedir sem ter tido oportunidade razoável de inspecioná-las, e no momento da conclusão do contrato o vendedor tenha tido ou devesse ter conhecimento da possibilidade de alteração de destino ou de reexpedição, a inspeção poderá ser adiada até a chegada das mercadorias a seu novo destino.”

ações edilícias para a sanção de vício oculto e mesmo a responsabilidade em termos genéricos para o caso de inadimplemento obrigacional.

A leitura sistemática do art. 38 com o art. 35, CISG, implica no reconhecimento do dever do comprador em verificar a mercadoria em prazo razoável,⁴⁶⁰ após recebê-la, para que verifique se ela está em conformidade com o contrato. Caso a mercadoria esteja em desconformidade com o ajuste, deverá notificar o vendedor sobre o descompasso entre o que deveria ser e o que foi, nos termos do art. 39,⁴⁶¹ CISG.

⁴⁶⁰ A conceituação do que seja prazo razoável ficará na discricionariedade da corte que for instada a decidir eventual litígio, à luz do caso concreto. *E.g.*: “(...) As to the merits, the Court found that the contract did not contain any specification regarding the maximum speed the tram would reach. Moreover, as to the latent defects, the Court held they could easily have been detected by inspection or a test drive (Art. 38 CISG). Therefore, a notice of lack of conformity four months after delivery was considered to be untimely (Art. 39 CISG(2)). As a result, the buyer was ordered to pay the whole purchase price. (...)” (Date: 25.04.2001, Country: Belgium, Number: [s.n.], Court: Rechtbank van Koophandel, Veurne, in <http://www.unilex.info/case.cfm?id=953>, acesso aos 17.05.2015); “(...) As to the merits, the Court held that, according to arts. 38 and 39 CISG, the buyer was obliged to examine the goods and to give notice of lack of conformity to the seller within a reasonable period of time. Otherwise it had to pay for the goods. In the case at hand, the buyer would have had the opportunity to be aware of the lack of conformity of the goods if it had done a previous inspection before the carriage. However, the buyer discovered the lack of conformity at the time of the arrival of the cargo and notwithstanding it did not make any formal complaint. Moreover, the Court of Appeal decided that the buyer had lost its right to solve the contract since it had resold the goods to a third party, preventing a posterior inspection and the proof that the defective almonds the buyer had sold were the same delivered by the seller. (...)” (Date: 31.05.2007, Country: Argentina, Number: 87484, Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires - Sala A, in <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1197>, acesso aos 17.05.2015); e “A Dutch seller and a German buyer concluded several contracts for the sale of trees. The goods were delivered and the related invoices were issued and sent on behalf of the companies affiliated to the seller. Some invoices remained unpaid. The seller then sued the buyer for the recovery of the purchase price, plus costs and interest. (...) As to the buyer's request for a price reduction on the grounds of non-conformity of some of the goods delivered, it was dismissed. Without determining whether the seller's general terms and conditions, which provided for a six-day notice period, had become part of the contract, the Court applied Arts. 38 and 39 CISG and held that, in accordance with Art. 38 CISG, the buyer should have examined the trees immediately after delivery, since there was a risk that the goods could be mixed up with those received from other suppliers. The Court also affirmed that the buyer was under an obligation to notify the seller of the lack of conformity within a short period of time, pursuant to Art. 39 CISG, since trees are perishable goods and the buyer was in a position to discover any lack of conformity immediately after delivery. As a result, the Court held that a six-day notice period was reasonable and that the buyer was not entitled to a price reduction pursuant to Art. 50 CISG, since it had failed to give notice of the lack of conformity within that period. (...)” (Date: 02.01.2007, Country: Netherlands, Number: C0500427/HE, Gerechtshof's-Hertogenbosch, in <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1437>, acesso aos 17.05.2015), entre outros.

⁴⁶¹ “Artigo 39 (1) O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado. (2) Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.”

Sobre o artigo mencionado: F. B. P. POLIDO, *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias de 1980 e suas interações com o direito brasileiro:*

O prazo para verificação da mercadoria é casuístico e dependerá das circunstâncias do negócio, de suas cláusulas etc.⁴⁶²

Contudo, o vendedor não poderá invocar as disposições dos arts. 38 e 39, CISG, em seu benefício, se sabia das desconformidades ou não poderia ignorá-las e as omitiu do comprador, nos termos do art. 40,⁴⁶³ CISG.

6.6. Alternativas disponíveis ao prejudicado

Na presença de desconformidades, entre elas, vícios redibitórios, o comprador das mercadorias poderá inicialmente conceder moratória ao inadimplente ou escolher uma entre as cinco seguintes alternativas: a) exigir o cumprimento específico da obrigação (arts. 28 e 46 (1)); b) exigir a entrega de mercadorias substitutas (art. 46 (2)); c) obter a correção das mercadorias defeituosas por iniciativa do vendedor (art. 46 (3)); d) requerer a correção das mercadorias por iniciativa do comprador (art. 48); ou e) exigir o abatimento proporcional do preço (arts. 50 e 51).

6.6.1. Concessão de prazo para o vendedor corrigir a prestação

Recebida a mercadoria desconforme, o comprador tem a faculdade de conceder ao vendedor prazo suplementar para a correção da falta, nos termos dos arts. 47⁴⁶⁴ e 63,⁴⁶⁵ da CISG.

Encontro mercado ou justiça tardia? in A. WALD (coord.), *Revista de arbitragem e mediação* 43 (2014), pp. 270-271.

⁴⁶² F. KUYVEN - F. A. PIGNATTA, *Comentários à convenção de Viena*, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 333-336, com a indicação de vários julgados.

⁴⁶³ “Artigo 40 O vendedor não poderá invocar as disposições dos artigos 38 e 39 se a desconformidade referir-se a fatos dos quais sabia, ou que não podia ignorar, e que não tenham sido revelados ao comprador.”

⁴⁶⁴ “Artigo 47 (1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações. (2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.”

⁴⁶⁵ “Artigo 63 (1) O vendedor poderá conceder prazo suplementar razoável para cumprimento das obrigações que incumbirem ao comprador. (2) O vendedor não pode, antes de vencido o prazo concedido conforme o parágrafo precedente, recorrer a qualquer ação por descumprimento do contrato, salvo se houver recebido comunicação do comprador de que não cumprirá suas obrigações neste prazo. Todavia, o vendedor não perderá, por isto, qualquer direito que possa ter de exigir perdas e danos pela mora no cumprimento pelo comprador.”

Referida concessão de prazo para correção da prestação é chamada no direito alemão de *Nachfrist*,⁴⁶⁶ literalmente prorrogação de prazo ou prazo suplementar, que teria servido de inspiração para a CISG.⁴⁶⁷

A oferta do prazo é competência da parte adimplente, não se cuidando de obrigatoriedade.⁴⁶⁸

À toda evidência, a possibilidade nasceu das dificuldades de rescindir um contrato internacional, quando ainda possível o seu adimplemento útil.

É importante ressaltar que a concessão de prazo suplementar evita dúvidas acerca do momento em que a prestação atrasada deverá ser cumprida e, mais importante, acerca da essencialidade da obrigação descumprida.

Esta última consequência é absolutamente relevante, porque a rescisão contratual fica subordinada à essencialidade do descumprimento e essa essencialidade advém, inclusive, do descumprimento no prazo suplementar.⁴⁶⁹ Note-se que a concessão do prazo não pode ocultar abuso de direito.

Não desejando conceder prazo suplementar, o comprador poderá adotar quaisquer dos outros remédios previstos na Convenção. Concedendo-o, as demais opções ficam suspensas até o seu termo.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ Prorrogação de prazo ou prazo suplementar (E. JAYME e J. J. NEUS, *Wörterbuch Recht und Wirtschaft Deutsch - Portugiesisch*, v. 2, 2ª ed., München, Beck, 2013, p. 240).

⁴⁶⁷ P. S. C. SOARES, *A concessão de prazo suplementar pelo comprador para cumprimento de obrigações do vendedor na perspectiva da CISG*, in I. SCHWENZER - C. A. G. PEREIRA - L. TRIPODI (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, p. 326.

⁴⁶⁸ C. LIU, *Additional period (Nachfrist) for late performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and case law*, 2ª ed., 2005, disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu4.html>. Acesso aos 27/05/2016.

⁴⁶⁹ “Artigo 49 (1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou (b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido. (2) Todavia, se o vendedor tiver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato rescindido, se não o fizer: (a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tomado conhecimento de que a entrega foi efetuada; (b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável: (i) após o momento em que tiver ou dever ter tido conhecimento da violação; (ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo comprador conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou após o vendedor declarar que não executará suas obrigações no referido prazo suplementar, ou (iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o parágrafo (2) do artigo 48, ou após o comprador declarar que não aceitará o cumprimento.”

6.6.2. Execução específica da obrigação

A CISG prevê a possibilidade do comprador de exigir o correto cumprimento da obrigação pelo vendedor, exceto se tal pedido for incompatível com outra ação que tenha tido anteriormente (art. 46, (1),⁴⁷¹ CISG).

O item (1) do art. 46, CISG, autoriza o comprador a exigir do vendedor o cumprimento pontual da prestação, com a entrega de mercadorias conforme o contrato sob todos os seus aspectos, não apenas aqueles indicados nos arts. 35 a 37, CISG, mas também em relação ao inadimplemento total ou parcial, bem como quanto à entrega em local diverso do combinado, quanto à incapacidade do vendedor de transferir a propriedade da mercadoria (art. 30, CISG), quanto à não entrega dos documentos pertinentes (art. 34, CISG) e finalmente quanto à violação do dever de informação.

Sendo ampla a competência do comprador, insere-se nela a execução específica com a outorga de mercadorias sem desconformidades.

6.6.3. Substituição das mercadorias

O art. 46, (2),⁴⁷² CISG, dispõe sobre a substitutividade das mercadorias desconformes a pedido do credor, quando a violação for essencial (art. 25,⁴⁷³ CISG) - hipótese em que seria possível a rescisão do contrato (art. 49, (1), (a), CISG) - e a desconformidade seja daquelas previstas no art. 35, CISG.

O direito do comprador de requerer a substituição da mercadoria não pode ser exercido sem razoabilidade,⁴⁷⁴ não sendo obrigado o vendedor a trocar

⁴⁷⁰ P. S. C. SOARES, *A concessão de prazo suplementar pelo comprador para cumprimento de obrigações do vendedor na perspectiva da CISG*, in I. SCHWENZER - C. A. G. PEREIRA - L. TRIPODI (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, pp. 340-341.

⁴⁷¹ “Artigo 46 (1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência. (...)”

⁴⁷² “Artigo 46 (...) (2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento.”

⁴⁷³ “Artigo 25 Uma violação ao contrato cometida por uma das partes é essencial quando ela causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que ela teria direito de esperar do contrato, a menos que a parte faltosa não tenha previsto tal resultado e que uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e na mesma situação, não o tivesse também previsto.”

⁴⁷⁴ Nesse sentido, o comentário oficial ao Projeto da Convenção: “Comentário 12. Se os bens que foram entregues não estão em conformidade com o contrato, o comprador pode requerer que o vendedor entregue bens substitutos que sejam conformes. No entanto, pode-se esperar que

as mercadorias quando o custo para tanto for muito superior ao prejuízo do comprador, resolvendo-se a questão em perdas e danos. Cuida-se de nítida vedação ao abuso de direito e aos atos emulativos.

Ademais, importa consignar que o comprador que exigir a substituição das mercadorias poderá reter o pagamento do preço, no exercício legítimo da exceção de contrato não cumprido.

6.6.4. Correção da desconformidade a pedido do comprador

O art. 46, (3),⁴⁷⁵ CISG, autoriza ao comprador notificar o vendedor acerca da desconformidade das mercadorias e exigir deste o reparo, concedendo-lhe prazo razoável.

Como na hipótese da substituição, poderá reter o pagamento do preço, no exercício legítimo da exceção de contrato não cumprido.

6.6.5. Correção da desconformidade por iniciativa do vendedor

O art. 48 (1),⁴⁷⁶ CISG, confere competência ao vendedor de sanar o defeito por sua conta e risco, mesmo após a data da entrega, desde que a correção não implique em demora não razoável, nem cause ao comprador inconvenientes ou incertezas não razoáveis quanto ao reembolso das despesas realizadas pelo comprador.

O exercício da faculdade da correção pelo vendedor não retira do comprador o direito à indenização.

os custos para o vendedor enviar um segundo lote de mercadorias para o comprador e para dispor dos bens desconformes já entregues possam ser consideravelmente maiores que o prejuízo do comprador por ter recebido bens desconformes com o contrato” (F. KUYVEN - F. A. PIGNATTA, *Comentários à convenção de Viena*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 412).

⁴⁷⁵ “Artigo 46 (...) (3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento.”

⁴⁷⁶ “Artigo 48 (1) Sem prejuízo do disposto no artigo 49, o vendedor poderá, mesmo após a data da entrega, sanar por conta própria qualquer descumprimento de suas obrigações, desde que isto não implique demora não razoável nem cause ao comprador inconveniente ou incerteza não razoáveis quanto ao reembolso, pelo vendedor, das despesas feitas pelo comprador. Contudo, o comprador manterá o direito de exigir indenização das perdas e danos, nos termos da presente Convenção.”

Para tanto, o vendedor notificará o comprador sobre seu desejo de corrigir a prestação,⁴⁷⁷ indicando o prazo em que realizaria o reparo. A inércia do comprador equivale à aceitação dos termos da notificação de reparo.⁴⁷⁸ É pressuposto para que a competência seja exercida que o comprador receba efetivamente a correspondência.⁴⁷⁹

O não cumprimento da prestação pelo vendedor, cuidando-se de cláusula essencial, gera a competência para o comprador rescindir o contrato, nascendo o mesmo direito da superação do prazo suplementar descumprido pelo vendedor, nos termos do art. 49,⁴⁸⁰ CISG.

Cuida-se de real inovação segundo a qual o vendedor tem o direito de corrigir sua prestação, isto é, tem uma segunda oportunidade de cumprir sua prestação, entregando o objeto correto e sem vícios. À evidência, este direito se subordina à conveniência objetiva do adquirente de receber o cumprimento corrigido.⁴⁸¹

Além desta previsão, outra há que permite ao vendedor corrigir sua prestação, desde que o faça antes da data prevista para a entrega. É a hipótese

⁴⁷⁷ “Artigo 48 (...) (3) Quando o vendedor comunicar ao comprador a intenção de cumprir suas obrigações em prazo determinado, será considerado incluído o pedido, nos termos do parágrafo anterior, para que o comprador lhe faça saber sua decisão.”

⁴⁷⁸ “Artigo 48 (...) (2) Se o vendedor pedir ao comprador que lhe faça saber se aceita o cumprimento, e o comprador não lhe responder em prazo razoável, o vendedor poderá executar suas obrigações no prazo indicado em seu pedido. O comprador não poderá, antes do vencimento desse prazo, exercer qualquer direito ou ação incompatível com o cumprimento, pelo vendedor, das obrigações que a ele incumbem.”

⁴⁷⁹ “Artigo 48 (...) (4) O pedido ou a comunicação feita pelo vendedor, nos termos dos parágrafos (1) e (2) do presente artigo, não terá efeito se não for recebido pelo comprador.”

⁴⁸⁰ “Artigo 49 (1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou (b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido. (2) Todavia, se o vendedor tiver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato rescindido, se não o fizer: (a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tomado conhecimento de que a entrega foi efetuada; (b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável: (i) após o momento em que tiver ou dever ter tido conhecimento da violação; (ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo comprador conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou após o vendedor declarar que não executará suas obrigações no referido prazo suplementar, ou (iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o parágrafo (2) do artigo 48, ou após o comprador declarar que não aceitará o cumprimento.”

⁴⁸¹ R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations, historical and comparative perspectives*, New York, Oxford University, 2010, pp. 104-106.

contida no art. 37,⁴⁸² CISG, que autoriza o vendedor que entregou as mercadorias antes da data prevista complementar a entrega com os bens faltantes, substituir as mercadorias defeituosas ou corrigir a desconformidade que eventualmente tenham as inicialmente entregues; preservando o comprador direito à indenização por prejuízos comprovados.

6.6.6. Abatimento do preço

A CISG preserva a possibilidade do comprador de exigir o abatimento proporcional do preço das mercadorias em razão das desconformidades por elas apresentadas (art. 50,⁴⁸³ CISG).

Ressalta-se que o comprador não poderá reduzir o preço se o vendedor corrigir o descumprimento de suas obrigações nos termos dos arts. 37 ou 48, CISG, ou ainda se o comprador se recusar a aceitar, nas hipóteses legais, a correção do cumprimento (novamente coibindo o abuso de direito e objetivando a preservação do contrato).

6.6.7. Rescisão do contrato

A rescisão do contrato de compra e venda é a última opção do comprador e é bastante limitada pela CISG, uma vez que não poderá ser exercida, exceto quando a desconformidade for essencial, nos limites do art. 51, (2)⁴⁸⁴ CISG.

⁴⁸² “Artigo 37 Em caso de entrega das mercadorias antes da data prevista para a entrega, o vendedor poderá, até tal data, entregar a parte faltante ou completar a quantidade das mercadorias entregues, ou entregar outras mercadorias em substituição àquelas desconformes ao contrato ou, ainda, sanar qualquer desconformidade das mercadorias entregues, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes nem despesas excessivas. Contudo, o comprador mantém o direito de exigir indenização por perdas e danos, de conformidade com a presente Convenção.”

⁴⁸³ “Artigo 50 Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço.”

⁴⁸⁴ “Artigo 51 (...) (2) O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial do contrato.”

O mesmo limite é trazido pelo art. 49,⁴⁸⁵ CISG, que trata especificamente da rescisão do contrato.

O direito de rescindir o contrato também deixará de existir quando não reclamado após prazo razoável, contado do conhecimento da entrega tardia das mercadorias, após prazo razoável da entrega das mercadorias com outra desconformidade ou após o vencimento de qualquer prazo suplementar conferido pelo vendedor (art. 48, (2), CISG).

⁴⁸⁵ “Artigo 49 (1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou (b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido. (2) Todavia, se o vendedor tiver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato rescindido, se não o fizer: (a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tomado conhecimento de que a entrega foi efetuada; (b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável: (i) após o momento em que tiver ou dever ter tido conhecimento da violação; (ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo comprador conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou após o vendedor declarar que não executará suas obrigações no referido prazo suplementar, ou (iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o parágrafo (2) do artigo 48, ou após o comprador declarar que não aceitará o cumprimento.”

7. PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS SOBRE A CORREÇÃO DO VÍCIO

Diversos instrumentos internacionais preveem expressamente a figura do cumprimento defeituoso do contrato, sob a perspectiva do vício do objeto (oculto ou aparente), condicionando o cumprimento da prestação a sua conformidade com a avença e dispendo de remédios jurídicos voltados a sua correção ou resolução.

Neste item, serão tratados três documentos internacionais mais relevantes para a pesquisa, sobretudo em face do movimento de harmonização do direito europeu.

Em que pese representem meros modelos de incidência não obrigatória, ao menos em relação ao primeiro, sua utilização em transações internacionais pela vontade das partes o consagrou.

7.1. UNIDROIT

O *Institut International pour L'unification du Droit Privé (UNIDROIT)*, fundado em Roma em 1926, é uma organização internacional independente dedicada à unificação do direito privado, da qual o Brasil faz parte desde 18 de junho de 1940.

Por decisão do Conselho Diretor, em 1971, o UNIDROIT introduziu em seu programa de trabalho o tema princípios relativos aos contratos de comércio internacional. Para a realização da tarefa, em 1980, constituiu-se um grupo de trabalho. Em 1994, referidos princípios foram publicados, sendo sua segunda parte acolhida em 2004.

Os princípios do UNIDROIT, em que pese se tratem de uma *soft law*, têm posição destacada perante a comunidade internacional. Tidos como um “conjunto completo de regras aptas a reger os contratos de comércio internacional”⁴⁸⁶ e recomendados pela Câmara de Comércio Internacional em seus contratos-modelo.

⁴⁸⁶ J. A. E. FARIA, Secretário-Geral, na apresentação da segunda edição dos princípios no ano de 2004, traduzida para o português. (J. B. VILLELA (resp.), *Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2004*, versão em língua portuguesa, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2009, p. V). Atualmente, os Princípios de UNIDROIT contam, além da edição original de 1994 e da segunda edição referida, com uma terceira edição produzida no ano de 2010 (cf. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, acesso aos 07.06.2015).

Seu conteúdo não se restringe às regras contidas na maioria dos sistemas, mas também àquelas que melhor se adaptam ao comércio internacional.⁴⁸⁷

Ainda que seu âmbito de aplicação seja restrito, sua análise é indispensável, não apenas porque inspira direitos locais com suas proposições e porque o mundo globalizado impõe a harmonização⁴⁸⁸ dos diversos direitos privados, mas também porque produzidos por uma comissão de juristas de renome.

Assim, à luz da importância do documento e sua aplicação prática em contratos de arbitragem, por exemplo, as disposições que contêm sobre os vícios serão abordadas.

7.1.1. Âmbito de incidência

Como se retira de seu preâmbulo, os princípios estabelecem regras gerais para regular contratos comerciais internacionais.

Os princípios não definem o que entendem por “internacional”, de modo que ao termo deve ser dada a maior aplicabilidade possível, excluindo-se apenas, em regra, aquela hipótese em que todos os elementos do contrato estão ligados a um único país.⁴⁸⁹

Igualmente, não definem a palavra “comercial”, mas seu objetivo não foi incidir sobre relações civis, separando-a das relações entre empresários, mas sim afastar de sua incidência as relações de consumo, em que normalmente há normas próprias em cada um dos Estados. Desse modo, deve-se dizer que os princípios se destinam a todos os contratos que não sejam de consumo, incluindo

⁴⁸⁷ T. S. PEREIRA, *Proposta de reflexão sobre um Código Civil europeu*, in *Revista da ordem dos advogados* 64 (2004), p. 3.

⁴⁸⁸ Sobre a harmonização do direito contratual europeu: E. MCKENDRICK, *Harmonisation of european contract law: The state we are*, in S. VOGENAUER - S. WEATHERILL (orgs.), *The harmonisation of european contract law: Implications for european private laws, business and legal practice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 5-29; e G. ALPA, *Harmonisation of and codification in european contract law*, in S. VOGENAUER - S. WEATHERILL (orgs.), *The harmonisation of european contract law: Implications for european private laws, business and legal practice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 149-169.

⁴⁸⁹ J. B. VILLELA (resp.), *Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2004*, versão em língua portuguesa, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 2.

transações comerciais e outras transações econômicas (e.g. investimentos, prestações de serviços profissionais etc.).⁴⁹⁰

Além disso, não se pode perder de vista que os princípios não têm natureza jurídica vinculante, de modo que somente poderão ser aplicados “caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles” (preâmbulo⁴⁹¹).

À toda evidência, a inclusão pelas partes contratantes dos princípios a seu negócio jurídico torna os princípios parte do contrato privado, de modo que deverão observar as normas de direito internacional privado para obter maior eficácia em sua incidência, porque, em regra, a escolha do direito material que regulará a relação jurídica sofre limitações estatais.

No caso brasileiro, o art. 9º, LINDB, dispõe que a qualificação e a regência das obrigações são governadas pela lei do país em que se constituírem (*caput*), reputando-se constituída no lugar em que residir o proponente (§2º). Para a lei brasileira, o ato jurídico deverá respeitar a forma essencial prevista na lei brasileira quando aqui for executada a obrigação, admitindo-se as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos aspectos extrínsecos do ato (§1º).⁴⁹²

As obrigações convencionais celebradas entre presentes reger-se-ão quanto à forma *ad probationem tantum* e *ad solenitatem* pela lei do local onde celebradas: “*locus actus regit instrumentum et jus*”,⁴⁹³ e quanto à capacidade pela lei pessoal das partes, segundo seu domicílio (art. 7º, LINDB).

Contudo, a escolha pelas partes da lei que regerá o contrato não poderá ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (art. 17, LINDB), de modo que sua escolha é limitada, não havendo liberdade de

⁴⁹⁰ Op. cit. pp. 2-3.

⁴⁹¹ Note-se que as partes podem desejar a incidência dos princípios, mas também podem ressaltar a incidência de alguma ou algumas de suas disposições, sempre apondo estas regras em seus contratos (art. 1.5). (J. B. VILLELA (resp.), *Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2004*, versão em língua portuguesa, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 1 e nota; e pp. 14-15).

⁴⁹² Criticando o critério adotado pela lei brasileira, mas referindo-se à CISG: F. B. P. POLIDO, *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias de 1980 e suas interações com o direito brasileiro: Encontro marcado ou justiça tardia?* in A. WALD, (coord.), *Revista de arbitragem e mediação* 43 (2014), p. 275.

⁴⁹³ M. H. DINIZ, *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 322.

eleição da lei que regerá o contrato,⁴⁹⁴ sendo o art. 9º, LINDB, cogente.⁴⁹⁵ Além disso, as partes deverão escolher um dos sistemas jurídicos em vigor em quaisquer dos países envolvidos na transação, não podendo eleger a lei do mercado ou as normas de um organismo privado para regular a relação,⁴⁹⁶ exceto se escolherem a arbitragem como meio de solução de conflitos.⁴⁹⁷

Os próprios princípios reconhecem que sua aplicação não pode afastar norma cogente de direito interno, internacional ou supranacional (art. 1.4).

Ainda do preâmbulo retira-se que os princípios poderão ser aplicados se as partes estabelecerem que seu contrato será governado pelos princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria* e similares; bem como se as partes não elegeram nenhuma lei para regular o contrato.

Além disso, os princípios, segundo o preâmbulo, servem de critério interpretativo ou suplementar de instrumentos internacionais de direito uniforme e das normas internas de um Estado, destinando-se inclusive aos legisladores para servirem de modelo à criação de normas internacionais e internas.

7.1.2. O cumprimento conforme o contrato

É dever das partes cumprirem suas prestações do modo em que ajustado e com o fim de atingir o objetivo contratual, o que é evidente e decorre da força vinculante dos contratos (art. 1.3).

Além disso, devem comportar-se segundo a boa-fé (art. 1.7), evitando-se comportamentos contraditórios (art. 1.8).

⁴⁹⁴ Op. cit., p. 325.

⁴⁹⁵ Não se aprofundará no tema, por fugir ao escopo da pesquisa, mas não se pode deixar de referir que a assinatura pelo Brasil da Convenção interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais permite o afastamento da *lex loci celebrationis* com aplicação da lei escolhida pelos contratantes, estando ambos em estados signatários.

⁴⁹⁶ M. H. DINIZ, *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 328.

⁴⁹⁷ Isso em razão do art. 2º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. §2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. §3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

Cf. sobre o tema, como exemplo, L. O. BAPTISTA - S. J. B. MIRANDA, *Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro*, in *Revista de arbitragem e mediação* 27 (2010), pp. 11-34.

Assim, é dever das partes cumprir com exatidão as promessas realizadas e a prestação de modo que satisfaça, não padecendo de vícios o objeto dela. Note-se que a interpretação do contrato se dá segundo a intenção das partes (art. 4.1), sendo relevante o escopo do contrato para tanto (art. 4.3 (d)), inclusive porque da finalidade do contrato se retiram obrigações implícitas (art. 5.1.2 (a)).

Não bastasse isso, o art. 5.1.4 é expresso em afirmar que se cuidando de obrigação de fim, o devedor deve alcançar esse resultado, bem como o art. 5.1.6, que trata da qualidade da prestação, dispõe que esta deve corresponder àquela indicada expressamente no contrato ou por ele determinada de modo implícito. Na falta de indicação expressa ou determinável, o objeto da prestação deverá ser de qualidade razoável e não inferior à média.

Dessas normas conjugadas retira-se o dever de satisfazer ao credor da prestação nos termos contratuais e, além disso, retira-se a concepção subjetiva do vício, com aplicação supletiva da concepção objetiva, como referido no item 2.2 da pesquisa.

7.1.3. A previsão dos vícios sob a rubrica do inadimplemento

Os princípios do UNIDROIT possuem um capítulo próprio para tratar do inadimplemento contratual, precisamente o capítulo 7, mas não possuem nenhum dispositivo específico relativo aos vícios redibitórios.

O artigo que encabeça o capítulo (art. 7.1.1⁴⁹⁸) define o inadimplemento, incluindo no gênero a mora e a prestação defeituosa, bem como as hipóteses de inexecução justificada e injustificada.⁴⁹⁹

Desse modo, em que pese os princípios não tratem especificamente dos vícios redibitórios, cuidando do inadimplemento de modo amplíssimo e não diferenciando o vício do objeto do vício da prestação, é inegável que em seu conceito abrange a disciplina referente aos vícios redibitórios.

⁴⁹⁸ “Artigo 7.1.1 (Definição) O inadimplemento consiste na quebra por uma parte de quaisquer de suas obrigações contratuais, incluindo a prestação defeituosa ou a prestação tardia.”

7.1.4. Alternativas disponíveis ao prejudicado

Na presença de uma hipótese de vício redibitório, o adquirente poderá:

a) conceder prazo para o adimplemento adequado (art. 7.1.5); b) suspender sua parte na execução do contrato (art. 7.1.3; art. 7.1.4. (4); e 7.1.5. (2)); c) exigir o cumprimento exato da prestação; d) exigir a substituição da parcela defeituosa (art. 7.2.3); e e) promover a reparação do objeto da prestação por sua iniciativa (art. 7.2.3). Além disso, o alienante poderá promover a reparação da prestação ou do seu objeto por sua iniciativa (art. 7.1.4).

Nos tópicos seguintes, cada uma das opções será tratada de modo mais completo e específico.

7.1.4.1. Concessão de prazo para o devedor corrigir a prestação ou o seu objeto

Como adiantado, os princípios preveem no art. 7.1.5⁵⁰⁰ a possibilidade do credor de conceder um prazo adional para o devedor cumprir corretamente sua prestação.

O art. 7.1.1, ao afirmar que é inadimplemento a quebra, por qualquer das partes, de quaisquer obrigações contratuais, legitima a interpretação de que a entrega de coisa diversa, de qualidade ou em quantidade diferente ou com vício aparente ou oculto permite a concessão de prazo para o correto adimplemento.

A concessão do prazo dá-se por notificação (art. 1.10⁵⁰¹).

A concessão de prazo suplementar⁵⁰² não inibe a busca por eventuais perdas e danos, mas impede que o concedente recorra a qualquer outra medida

⁴⁹⁹ J. B. VILLELA (resp.), *Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2004*, versão em língua portuguesa, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 205.

⁵⁰⁰ “Artigo 7.1.5 (Prazo adicional para adimplemento) (1) Em caso de inadimplemento, a parte prejudicada pode, mediante notificação, conceder à parte contrária prazo adicional para o adimplemento.”

⁵⁰¹ “Artigo 1.10 (Notificação) (1) Uma notificação, quando exigida, poderá ser feita por qualquer meio adequado às circunstâncias. (2) A notificação produzirá efeitos a partir do momento em que alcançar o destinatário. (3) Para os fins do inciso (2), uma notificação “alcança” seu destinatário quando lhe é comunicada verbalmente ou entregue em seu lugar de estabelecimento ou endereço postal. (4) Para os fins do presente Artigo, o termo “notificação” compreende declarações, pedidos, solicitações ou qualquer outra comunicação de intenção.”

⁵⁰² Cuida-se da noção de *Nachfrist* do Direito Alemão (Cf. §323, BGB).

jurídica; com a vantagem de suspender o adimplemento de suas próprias obrigações contratuais, nos termos do item (2)⁵⁰³ do mesmo artigo.

Superado o prazo concedido sem a reparação do objeto da prestação ou com o recebimento de notificação afirmando que não cumprirá a obrigação no prazo concedido, ao credor franqueia-se todas as demais opções previstas nos princípios para a salvaguarda de seus interesses.

Assim como na CISG, a superação do prazo com a manutenção do vício, ou da inadimplência, para utilizar os termos dos princípios, permite ao prejudicado rescindir o contrato, mesmo se o descumprimento foi de cláusula não essencial. É a previsão do item (3)⁵⁰⁴ do art. 7.1.5.

Esse direito, todavia, é limitado pelo item (4),⁵⁰⁵ que exclui o direito de rescindir o contrato pelo descumprimento ínfimo - *de minimis non curat praetor*.

7.1.4.2. Execução específica da obrigação

Os princípios do UNIDROIT buscam, em conjunto, assegurar o cumprimento estrito da prestação, outorgando ao prejudicado o direito de exigir o cumprimento estrito (pontual) da prestação.

Por essa razão, a seção 2 do capítulo 7 trata do direito ao adimplemento.

Sempre que uma das partes se obriga a uma prestação não monetária (tratada no art. 7.2.1), o credor tem o direito de exigir o adimplemento preciso dela (art. 7.2.2), com a outorga de bens e serviços sem vícios.

Esse direito apenas não existirá em cinco hipóteses previstas nas alíneas do art. 7.2.2⁵⁰⁶: a) impossibilidade fática ou jurídica; b) quando o

⁵⁰³ “(2) Durante o prazo adicional, a parte prejudicada pode suspender o adimplemento de suas próprias e recíprocas obrigações e pode perseguir indenização por perdas e danos, mas não pode recorrer a nenhuma outra medida jurídica. Caso receba aviso da parte contrária de que esta não irá adimplir suas obrigações naquele prazo, ou, se expirado o prazo, a prestação devida não tiver sido realizada, pode a parte prejudicada recorrer a quaisquer das medidas jurídicas que estejam disponíveis, nos termos deste Capítulo.”

⁵⁰⁴ “(3) No caso em que o atraso no adimplemento não seja essencial, a parte prejudicada que tiver notificado o inadimplente, concedendo-lhe prazo de duração razoável, pode extinguir o contrato ao fim deste prazo. Se o prazo concedido não for de duração razoável, deverá ser estendido para uma duração razoável. A parte prejudicada pode, em sua notificação, determinar que, se a parte contrária não adimplir no prazo concedido, o contrato extingua-se automaticamente.”

⁵⁰⁵ “(4) O inciso anterior não se aplica aos casos em que a obrigação não adimplida corresponda a uma mínima parte das obrigações contratuais da parte inadimplente.”

adimplemento ou mesmo sua execução forçada exigir o pagamento de custos ou despesas desrazoadas;⁵⁰⁷ c) quando o credor puder obter a prestação por outra via; d) quando a prestação for personalíssima; e e) quando o credor não exigir o cumprimento da prestação inadimplida em prazo razoável.

Não é só. Segundo os princípios, o tribunal poderá impor multa coercitiva (*astreintes*) para que o devedor cumpra adequadamente sua obrigação (art. 7.2.4⁵⁰⁸), destinada ao prejudicado, exceto se as normas locais imperativas dispuserem de modo diverso.

7.1.4.3. Substituição da parcela defeituosa

No art. 7.2.3,⁵⁰⁹ os princípios preveem que o direito ao adimplemento inclui o direito de exigir a substituição da prestação ou do seu objeto de modo que corrija o que chamou de cumprimento defeituoso.

Estando viciada a mercadoria ou o serviço, é direito do credor obter sua reparação com vistas ao adequado adimplemento, inclusive por meio da substituição das coisas viciadas ou de partes delas.

Como na CISG, sua escolha pela substituição das partes ou das coisas defeituosas não poderá ser feita sem razoabilidade, porque limitada pelas hipóteses contidas no art. 7.2.2.

⁵⁰⁶ “Artigo 7.2.2 (Adimplemento de obrigação não-monetária) Se a parte que deve uma obrigação outra que pagamento em dinheiro não a adimplir, a outra parte pode exigir adimplemento, exceto se: (a) o adimplemento for impossível de fato ou de direito; (b) o adimplemento ou, sendo o caso, sua execução forçada exigirem custos ou despesas desrazoáveis; (c) a parte credora da obrigação puder razoavelmente obter a prestação por outra via; (d) o adimplemento for de caráter personalíssimo; ou (e) a parte credora da prestação não exige o adimplemento em prazo razoável após o momento em que teve, ou deveria ter tido, conhecimento do inadimplemento.”

⁵⁰⁷ *E.g.*: deveria entregar um anel que caiu no fundo do oceano e pode ser recuperado por um custo muito superior ao valor da própria coisa; e um carro novo é vendido com um defeito na pintura, cuja correção custa mais que a diminuição do valor de mercado do bem.

⁵⁰⁸ “Artigo 7.2.4 (Penalidade judicial) (1) O tribunal que ordena uma parte a adimplir também pode determinar que esta pague uma penalidade caso não cumpra a ordem. (2) A penalidade deverá ser paga à parte prejudicada, a menos que normas imperativas da lei do foro disponham o contrário. O pagamento da penalidade à parte prejudicada não exclui qualquer direito a indenização por perdas e danos.”

⁵⁰⁹ “Artigo 7.2.3 (Reparação e substituição da execução defeituosa) O direito ao adimplemento inclui, quando apropriado, o direito de exigir reparação, substituição, ou outra medida que corrija o adimplemento defeituoso. Aplica-se, no que couber, o disposto nos artigos

7.1.4.4. Reparação da coisa ou do serviço por iniciativa do credor

O mesmo art. 7.2.3, que trata do direito à substituição das partes viciadas da prestação, cuida do direito do adquirente de exigir a realização de reparos suficientes para debelar os vícios.

O direito ao adimplemento (art. 7.2.2) inclui o direito de exigir o reparo da coisa ou do serviço viciado, de modo que, com a correção, a prestação satisfaça exatamente o programa contratual.

Do mesmo modo que a opção anterior, a escolha é limitada, evitando-se abuso de direito, nos termos do art. 7.2.2.

7.1.4.5. Reparação da coisa ou do serviço por iniciativa do devedor

O art. 7.1.4⁵¹⁰ prevê expressamente a possibilidade do devedor inadimplente corrigir, por sua iniciativa, a coisa ou a prestação viciada.

Pelo referido artigo, a parte inadimplente pode, às suas expensas, reparar qualquer inadimplemento, desde que: a) notifique (art. 1.10) o credor sobre a forma e o momento em que pretende corrigir a prestação; b) a reparação da falta seja adequada às circunstâncias do caso concreto; c) o prejudicado não possua interesse legítimo em recusar a reparação (e.g. inadimplemento absoluto etc.); e d) a reparação seja realizada sem demora.

A reparação da coisa por parte do devedor inadimplente é um direito deste que não é afastado sequer pela notificação de extinção do contrato (art. 7.1.4 (b)⁵¹¹). Por óbvio, à luz dos requisitos para a reparação, a prestação deve ainda ser útil ao credor, de modo que a notificação de extinção não afeta o direito à reparação, desde que esta seja possível. Logo, se a notificação de rescisão contiver legítimo interesse na recusa da reparação, esta não poderá implementar-se (v.g. entregou vinhos oxidados que seriam utilizados em um festejo, sendo descoberto o fato no dia da celebração; o reparo da prestação de nada adiantaria. Por outro lado, se o descobrimento tivesse ocorrido em tempo de

7.2.1 e 7.2.2.”

⁵¹⁰ “Artigo 7.1.4 (Reparação pela parte inadimplente) (1) A parte inadimplente pode, às suas próprias custas, reparar qualquer inadimplemento, desde que (a) sem demora injustificada, notifique a parte contrária indicando a forma e o momento em que pretende efetuar a reparação; (b) a reparação seja adequada às circunstâncias; (c) a parte prejudicada não possua legítimo interesse em recusar a reparação; e (d) a reparação seja efetuada sem demora.”

⁵¹¹ “(2) A notificação de extinção do contrato não compromete o direito à reparação.”

substituir os produtos, a reparação ficaria assegurada, não prevalecendo a notificação de rescisão).

Como na concessão de prazo pelo credor para o devedor corrigir o objeto da prestação, a notificação de reparo por iniciativa do devedor suspende a possibilidade de exercício dos demais remédios postos à disposição do credor, nos termos do item (3), do art. 7.1.4,⁵¹² que igualmente pode suspender o cumprimento de sua prestação (4).⁵¹³

Por fim, o regime jurídico proposto pelo UNIDROIT conserva o direito do credor prejudicado, que recebe a reparação da prestação, de receber indenização por eventuais prejuízos da demora, bem como qualquer dano causado ou não evitado pela reparação (art. 7.1.4 (5)⁵¹⁴).

Inegavelmente, o art. 7.1.4 visa preservar o negócio jurídico, refletindo a política adotada pelo instrumento de redução do desperdício econômico (art. 7.4.8,) e prestígio à boa-fé (art. 1.7).⁵¹⁵

A Comissão, em seus comentários, reconheceu ainda que, embora o direito à reparação da prestação contido nos princípios do UNIDROIT e na CISG (arts. 37 e 48, sobretudo) esteja presente em legislações nacionais, naqueles países em que referido direito não existe, a proposta razoável de reparação pelo devedor seria levada em conta no momento da fixação dos prejuízos.

7.1.4.6. Rescisão do contrato

Por tudo que restou dito, é inegável o desejo do instrumento de preservar ao máximo os negócios jurídicos, assegurando a reparação da prestação e de seu objeto e suas substituições, por iniciativa de ambas as partes.

A rescisão do contrato, que equivaleria, na prática, em sede de vícios ocultos, à ação redibitória, somente pode ocorrer em último caso.

⁵¹² “(3) Com o recebimento de uma notificação válida de reparação, os direitos da parte prejudicada que sejam incompatíveis com o adimplemento do devedor inadimplente permanecem suspensos até o que prazo para a reparação se tenha expirado.”

⁵¹³ “(4) A parte prejudicada poderá suspender seu adimplemento enquanto estiver pendente a reparação.”

⁵¹⁴ “(5) Independentemente da reparação, a parte prejudicada conserva seu direito de exigir indenização por perdas e danos oriundos da demora bem como por qualquer dano causado ou não evitado pela reparação.”

⁵¹⁵ J. B. VILLELA (resp.), *Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2004*, versão em língua portuguesa, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2009, p.

O art. 7.3.1⁵¹⁶ afirma que só é possível extinguir o contrato por inadimplência em caso de inadimplemento essencial (1).

O item (2) do dispositivo traz os parâmetros pelos quais é possível verificar se determinado inadimplemento é essencial. Para verificar a essencialidade do inadimplemento leva-se em conta: a) a privação que ele ocasiona ao prejudicado daquilo que poderia esperar do contrato, a menos que a outra parte não tenha previsto ou não pudesse ter previsto razoavelmente o resultado (teoria subjetiva do vício); b) o inadimplemento da obrigação descumprida nos exatos termos contratuais é da essência do contrato; c) o inadimplemento é doloso ou culposo (note-se que no regime dos vícios o desconhecimento do vício é a regra e o seu conhecimento tem outras implicações); d) o inadimplemento imprime na parte prejudicada a crença de que não poderá voltar a confiar na parte inadimplente; e e) o inadimplente sofrerá excessivas perdas pela reparação do inadimplemento ou dele próprio se o contrato foi extinto.

Como asseverado anteriormente, no caso de não cumprimento do prazo suplementar, o inadimplemento torna-se essencial (art. 7.3.1 (3)).

A extinção do contrato dependerá de notificação da parte contrária (art. 7.3.2) e, no caso de cumprimento com atraso ou de qualquer modo em desconformidade com o contrato, a extinção dependerá de notificação em prazo razoável contado do momento em que teve ciência da oferta ou do inadimplemento desconforme (art. 7.3.2).

Com a extinção do contrato, as partes devem reaver aquilo que ofereceram (art. 7.3.6).

209.

⁵¹⁶ “Artigo 7.3.1 (Direito à extinção do contrato) (1) Uma parte pode extinguir o contrato se a falha da outra parte em cumprir uma obrigação contratual constitui um inadimplemento essencial. (2) Para determinar-se se o descumprimento de uma obrigação constitui um inadimplemento essencial, deve-se considerar, especialmente, se: (a) o inadimplemento priva substancialmente a parte prejudicada daquilo que ela poderia esperar do contrato, a menos que a outra parte não tenha previsto e não poderia ter razoavelmente previsto tal resultado; (b) o inadimplemento nos exatos termos da obrigação não cumprida é da essência do contrato; (c) o inadimplemento é doloso ou culposo; (d) o inadimplemento dá à parte prejudicada motivo para acreditar que ela não pode confiar no adimplemento futuro da outra parte; (e) a parte inadimplente sofrerá excessivas perdas em consequência da preparação para o inadimplemento ou dele próprio, caso o contrato seja extinto. (3) No caso de atraso, a parte prejudicada pode também extinguir o contrato se a outra parte deixa de adimplir dentro do prazo concedido nos termos do Artigo 7.1.5.”

7.1.5. Cláusula de irresponsabilidade

Segundo o art. 7.1.6⁵¹⁷ as partes podem estipular a falta de responsabilidade por vícios ocultos, desde que não se trate de cláusula “manifestamente injusta”, considerando a finalidade do contrato.

A ressalva é inteligente e leva em conta a teoria subjetiva acerca do vício.

Por exemplo, se alguém compra um lote de canetas que não escrevem, com o fim de empregá-las em um curso, é inegável que a cláusula que afasta a responsabilidade, por si, é injusta, mas não será se o contrato for aleatório. Por outro lado, não será injusta a cláusula que afasta a responsabilidade por vícios na compra de uma caneta que tenha sido de propriedade de um astro do rock, quando a mesma caneta não escrever, uma vez que foi adquirada, nos termos do contrato, como um item de coleção ou memorabilia.

7.2. Comissão de direito contratual europeu

Os princípios de direito contratual europeu (PECL) são o resultado do trabalho da Comissão de direito contratual europeu presidida pelo professor dinamarquês OLE LANDO nos anos 1980 e 1990 - *Commission on European Contract Law (CECL)*.

Convencidos de que, dentro do tema direito dos contratos, as regras sobre cumprimento e sobre os remédios no caso de descumprimento eram de máxima importância, a primeira comissão escolheu esses temas para os seus trabalhos iniciais.⁵¹⁸

A redação dos artigos, os comentários e as notas ficaram a cargo de relatores que se reuniam para preparar o texto a ser apresentado a uma outra comissão que o aprovava, o modificava ou o devolvia a um novo relator e ao grupo de redação.

⁵¹⁷ “Artigo 7.1.6 (Cláusulas de exoneração) Uma cláusula que limite ou exclua a responsabilidade de uma parte por inadimplemento ou que permita a uma das partes executar prestação substancialmente diversa do que a outra parte razoavelmente esperava não pode ser invocada caso seja manifestamente injusto fazê-lo, considerada a finalidade do contrato.”

⁵¹⁸ O. LANDO - H. BEALE, *The principles of european contract law, Part 1, Performance, non-performance and remedies* (1995), *Principios de derecho contractual europeo, partes I e II*, trad. esp. de P. B. Benlloch - J. M. E. Irujo - F. M. Sanz, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 19 (prefacio).

A primeira parte dos princípios foi adotada pela primeira comissão em 1990 e a segunda parte o foi pela segunda comissão em 1996.

A importância dos princípios da comissão LANDO é inegável, uma vez que tentou harmonizar os vários direitos europeus em matéria de contratos em regras universais destinadas a organizar o comércio em toda a união europeia⁵¹⁹ com o fim de evitar os transtornos que inviabilizam o desenvolvimento eficaz dos negócios internacionais, criando pontes inclusive entre o *civil law* e o *common law*.

Seu objetivo não era apenas regular os negócios celebrados entre as partes de modo isolado, mas permitir aos tribunais dos vários países aplicar suas regras quando o direito interno fosse omissivo e permitir aos legisladores a incorporação de suas regras e a modificação de seus direitos internos.

Os PECL cuidam, em seu capítulo 8, expressamente do descumprimento obrigacional e dos remédios em geral, que serão analisados nos tópicos seguintes.

7.2.1. Âmbito de incidência

Os princípios de direito contratual europeu destinam-se à aplicação aos negócios celebrados no âmbito da união europeia (art. 1:101 (1)⁵²⁰).

Além disso, não tendo força imperativa, sua aplicação estaria condicionada à vontade das partes de incorporá-los ao contrato e a submetê-lo a eles (art. 1:101, (2)⁵²¹).

Igualmente haveria incidência dos PECL (art. 1:101 (3)⁵²²) quando as partes desejassem submeter o seu contrato aos princípios gerais de direito ou à *lex mercatoria*, mesmo que tenham utilizado palavras similares e quando não elegeram nenhum sistema normativo para regular o contrato.

⁵¹⁹ Op. cit. pp. 27-30.

⁵²⁰ “Article 1:101 (ex art. 1.101) - Application of the Principles (1) These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities.”

⁵²¹ “(2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.”

⁵²² “(3) These Principles may be applied when the parties: (a) have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “lex mercatoria” or the like; or (b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract.”

Por fim, ainda segundo o art. 1:101 (4),⁵²³ os PECL seriam aplicáveis de modo subsidiário para solucionar lacunas no ordenamento jurídico eleito pelas partes.

Escolhendo o governo do contrato pelos PECL, as partes podem excluir a aplicação de qualquer dos princípios, derogá-los ou modificar os seus efeitos, exceto se os próprios PECL dispuserem de modo contrário (art. 1:102).

À toda evidência, a inclusão pelas partes contratantes dos princípios ao seu negócio jurídico torna os princípios parte do contrato privado, de modo que deverão observar as normas de direito internacional privado para obter maior eficácia em sua incidência, isso porque, em regra, a escolha do direito material que regulará a relação jurídica sofre limitações estatais.

Desse modo, poderão ser aplicáveis em negócios celebrados ou cumpridos no Brasil, nos limites das normas disponíveis, bem como se escolherem a arbitragem como meio de solução de conflitos.⁵²⁴

Os próprios princípios reconhecem que sua aplicação não pode afastar norma cogente de direito interno, internacional ou supranacional (art. 1:103⁵²⁵).

7.2.2. O cumprimento conforme o contrato

É dever das partes cumprirem suas obrigações nos termos em que se obrigaram, o que é evidente, inclusive porque governa o regime jurídico dos princípios a boa-fé (art. 1:106⁵²⁶).

⁵²³ "(4) *These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.*"

⁵²⁴ Isso em razão do art. 2º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: "Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. §2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. §3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade."

⁵²⁵ "*Article 1:103 - Mandatory Law (1) Where the otherwise applicable law so allows, the parties may choose to have their contract governed by the Principles, with the effect that national mandatory rules are not applicable. (2) Effect should nevertheless be given to those mandatory rules of national, supranational and international law which, according to the relevant rules of private international law, are applicable irrespective of the law governing the contract.*"

⁵²⁶ "*Article 1:106 (ex art. 1.104) - Interpretation and Supplementation (1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application. (2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the ideas underlying the Principles.*"

O capítulo 7 dos PECL trata do cumprimento, estabelecendo diversas normas sobre o tempo, o lugar, o modo de execução etc.

Todavia, no que tange ao objeto da prestação, deve-se ter em mente o art. 6:108,⁵²⁷ segundo o qual, quando as partes não especificarem a qualidade do objeto da prestação, ela deverá ser média, do que se pode retirar a adoção da teoria subjetiva em relação à essência do vício, prestigiando a intenção das partes em primeiro lugar, mas adotando a teoria objetiva no caso de omissão delas.

Além disso, o art. 6:101⁵²⁸ estabelece que as declarações feitas pelas partes antes ou durante a conclusão do contrato são obrigatórias, aí incluídas as declarações de qualidades afirmadas ou de defeitos inexistentes.

Assim, retira-se do conjunto dos PECL a incidência de normas protetivas de defeitos das coisas negociadas.

7.2.3. A previsão dos vícios sob a rubrica do descumprimento

O art. 8:101,⁵²⁹ PECL, trata do descumprimento da obrigação, que pode ser conceituado, para os fins propostos pelos princípios, como o descumprimento de qualquer das obrigações previstas no contrato.

Failing this, the legal system applicable by virtue of the rules of private international law is to be applied.”

⁵²⁷ “Article 6:108 (ex art. 2.105) - Quality of Performance If the contract does not specify the quality, a party must tender performance of at least average quality.”

⁵²⁸ “Article 6:101 (ex art. 8.101) - Statements giving rise to contractual obligation (1) A statement made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, taking into account: (a) the apparent importance of the statement to the other party; (b) whether the party was making the statement in the course of business; and (c) the relative expertise of the parties. (2) If one of the parties is a professional supplier who gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation unless it is shown that the other party knew or could not have been unaware that the statement was incorrect. (3) Such information and other undertakings given by a person advertising or marketing services, goods or other property for the professional supplier, or by a person in earlier links of the business chain, are to be treated as giving rise to a contractual obligation on the part of the professional supplier unless it did not know and had no reason to know of the information or undertaking.”

⁵²⁹ “Article 8:101 (ex art. 3.101) - Remedies Available 414 (1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9. (2) Where a party’s non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages. (3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party’s non-performance.”

Importante notar que, para os PECL, o descumprimento poderia consistir no cumprimento defeituoso, no defeito da prestação propriamente dito, no cumprimento retardado ou antecipado e no inadimplemento absoluto.⁵³⁰

O conceito de descumprimento adotado pelos PECL é unitário, atingindo qualquer tipo de falta contratual (mora, antecipação, defeito propriamente dito etc.), justificada ou não.

Segundo as pesquisas da comissão, observou-se que esse conceito unitário de violação contratual era adotado em diversos países, embora não em todos.⁵³¹

Assim, embora os PECL não tratem especificamente dos vícios redibitórios de modo autônomo, contemplam a hipótese no gênero do descumprimento contratual.

7.2.4. Alternativas disponíveis ao prejudicado

Na presença de um descumprimento contratual: a) o prejudicado poderá conceder prazo suplementar para o cumprimento da obrigação (art. 8:105); b) o devedor poderá corrigir uma prestação defeituosa (art. 8.104); e c) o prejudicado poderá ainda se valer das alternativas previstas no capítulo 9 (art. 8.101 (1)).

⁵³⁰ O. LANDO - H. BEALE, *The principles of european contract law, Part 1, Performance, non-performance and remedies* (1995), *Principios de derecho contractual europeo, partes I e II*, trad. esp. de P. B. Benlloch - J. M. E. Irujo - F. M. Sanz, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 525.

⁵³¹ “El incumplimiento (breach) del contrato en el Derecho INGLÉS cubre todo incumplimiento de las obligaciones contractuales, al igual que el Derecho FRANCÉS con el concepto de ‘inexécution du contrat’. También se corresponde con el concepto ‘tekortkoming’ del Derecho NEERLANDÉS, ver BW arts. 6:74 y 6:265, y del Derecho BELGA; también en el Derecho ITALIANO, ver arts. 1218 y 1453 CC; y se corresponde con el ‘kontraktsbrott’ o con el ‘misligholdese’ del Derecho NÓRDICO, Ver Ussing, *Alm. Del.* 20, 50. (En el Derecho FINLANDÉS, se hablaría de ‘kontraktsbrott’ o de ‘sopismusrikkomus’ ver Taxell, *Avtal och rättsskydd* 171). Ver también al respecto CISG art. 45-52, 61-65 y 75-80 y UNIDROIT art. 7.1.1. En el Derecho ALEMÁN, el ‘Vertragsverletzung’ únicamente cubre los supuestos de imposibilidad, los retrasos en el cumplimiento y la ‘positive Vertragsverletzung’, que, entre otros, incluye los supuestos de quiebra del deber de cuidado correspondiente en el cumplimiento, a los que se aplican por analogía las normas previstas para los retrasos en el cumplimiento, ver Zweigert & Kötz 494 ss. La entrega de mercancías defectuosas no se considera un incumplimiento; los medios de protección del comprador se rigen por disposiciones específicas relativas a la garantía (Gewährleistung), cf. BGB § 459 ss.” (O. LANDO - H. BEALE, *The principles of european contract law, Part 1, Performance, non-performance and remedies* (1995), *Principios de derecho contractual europeo, partes I e II*, trad. esp. de P. B. Benlloch - J. M. E. Irujo - F. M. Sanz Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 528).

Não poderá, todavia, exigir o cumprimento específico da prestação ou a indenização quando o descumprimento decorrer de impossibilidade (art. 8:101 (2)) nos termos e nos limites do art. 8:108.⁵³²

O prejudicado pode valer-se cumulativamente de mais de um remédio jurídico, desde que não sejam incompatíveis entre si e sempre preservem o direito à indenização, mesmo que tenha se valido de qualquer dos outros remédios (art. 8:102⁵³³).

7.2.4.1. Concessão de prazo suplementar para o devedor corrigir a prestação ou o seu objeto

O prejudicado por um descumprimento contratual, qualquer que seja, pode conceder um prazo suplementar para o faltoso corrigir a prestação nos termos do art. 8:106 (1).⁵³⁴

Se o fizer, durante o prazo suplementar concedido, até o seu termo, poderá suspender a execução de sua parcela contratual e exigir perdas e danos, mas não poderá valer-se de nenhum outro meio de tutela (art. 8:106 (2)⁵³⁵).

Se o devedor não cumprir sua obrigação, de modo que satisfaça, no prazo suplementar, ou comunicar o credor de que não o fará no novo prazo, o credor poderá exigir qualquer dos outros remédios previstos no capítulo 9.

⁵³² “Article 8:108 (ex art 3.108) - Excuse Due to an Impediment (1) A party’s non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences. (2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the obligee may treat it as such. (3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.”

⁵³³ “Article 8:102 (ex art. 3.102) - Cumulation of Remedies - Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a party is not deprived of its right to damages by exercising its right to any other remedy.”

⁵³⁴ “Article 8:106 (ex art. 3.106) - Notice Fixing Additional Period for Performance (1) In any case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.”

⁵³⁵ “(2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages, but it may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under Chapter 9.”

A concessão do prazo suplementar é importante para permitir a rescisão contratual pelo descumprimento de cláusula não essencial.⁵³⁶

Em regra, só é possível a rescisão contratual quando há inadimplência de obrigação essencial. Havendo descumprimento de obrigação não essencial, esta solução não é possível, salvo se houver a superação do prazo suplementar concedido pelo credor para o cumprimento de obrigação não essencial (art. 8:106 (3)⁵³⁷).

7.2.4.2. Execução específica da obrigação

O credor tem o direito de receber especificamente a prestação devida. Cuidando-se de prestação pecuniária, o valor exato que lhe cabe (art. 9:103) e, tratando-se de prestação não pecuniária, o credor pode exigir o cumprimento específico da obrigação (art. 9:102 (1)⁵³⁸).

O cumprimento específico da prestação só não será possível quando (art. 9:102 (2)⁵³⁹): a) o cumprimento seja ilícito ou impossível; b) o cumprimento específico gerar gastos ou esforços desarrazoados ao devedor; c) o cumprimento consista em prestação personalíssima; e d) o prejudicado puder obter a prestação de modo razoável por outras vias.

⁵³⁶ O. LANDO - H. BEALE, *The principles of european contract law, Part 1, Performance, non-performance and remedies* (1995), *Principios de derecho contractual europeo, partes I e II*, trad. esp. de P. B. Benlloch - J. M. E. Irujo - F. M. Sanz, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 548.

⁵³⁷ "(3) If in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given a notice fixing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of the period of notice. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party does not perform within the period fixed by the notice the contract shall terminate automatically. If the period stated is too short, the aggrieved party may terminate, or, as the case may be, the contract shall terminate automatically, only after a reasonable period from the time of the notice."

⁵³⁸ "Article 9:102 (ex art. 4.102) - Non-monetary Obligations (1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance."

⁵³⁹ "(2) Specific performance cannot, however, be obtained where: (a) performance would be unlawful or impossible; or (b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; or (c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or (d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source."

O cumprimento específico da prestação deve ser exigido em um prazo razoável (prudente), contado do conhecimento do descumprimento ou do dia em que deveria ter conhecido o inadimplemento (art. 9:102 (3)⁵⁴⁰).

Em todo caso, conservará o credor o direito à indenização por perdas e danos, mesmo nos casos em que excluída a alternativa da execução específica da obrigação (art. 9:103⁵⁴¹).

7.2.4.3. Reparação da prestação por iniciativa do credor

Sempre que a prestação ou o seu objeto não correspondam exatamente ao contratado, pode o credor exigir sua reparação (art. 9:102 (1)⁵⁴²).

Cuida-se de faceta do direito ao cumprimento específico da obrigação.

Afinal, não faz sentido poder exigir o cumprimento da obrigação descumprida integralmente e não poder exigir a reparação da prestação oferecida de modo defeituoso.

O mesmo se diga sob a perspectiva do objeto da prestação. Nada difere o pedido de execução forçada da prestação omitida do pedido de correção do objeto viciado. Em verdade, cuida-se de uma consequência da obrigatoriedade dos contratos e do direito de exigir sua execução forçada.

7.2.4.4. Reparação da prestação viciada por iniciativa do devedor

Nos termos do art. 8:104,⁵⁴³ sempre que uma das partes rechaça a oferta de cumprimento de uma obrigação porque não se ajusta adequadamente ao contrato, a parte que ofertou a prestação pode realizar uma nova tentativa de cumprimento conforme, enquanto a obrigação não estiver vencida ou, estando, o atraso no cumprimento não envolva uma violação essencial.

⁵⁴⁰ “(3) *The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.*”

⁵⁴¹ “*Article 9:103 (ex art 4.103) - Damages Not Precluded The fact that a right to performance is excluded under this Section does not preclude a claim for damages.*”

⁵⁴² “*Article 9:102 (ex art. 4.102) - Non-monetary Obligations (1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.*”

⁵⁴³ “*Article 8:104 (ex art. 3.104) - Cure by Non-Performing Party A party whose tender of performance is not accepted by the other party because it does not conform to the contract may make a new and conforming tender where the time for performance has not yet arrived or the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance.*”

O dispositivo concede ao devedor da prestação o direito de reparar a prestação ou o seu objeto em caso de recusa por vício. Direito que não pode ser negado pelo credor, exceto se o atraso da reparação implicar em uma violação essencial do contrato que, por isso, torna desinteressante o recumprimento para o seu credor, de modo objetivo, uma vez que não pode haver abuso de direito.

7.2.4.5. Abatimento do preço

Como no regime antigo e interno, o prejudicado tem a competência para escolher a redução do preço ao revés do desfazimento do contrato.

O art. 9:401⁵⁴⁴ cuida do direito de reduzir o preço quando uma das partes em um contrato aceita a oferta de cumprimento desconforme, sendo expressos os princípios que a redução será proporcional ao valor da diferença entre o que tenha sido efetivamente adimplido e o que deveria ter sido adimplido.

Para o exercício dessa competência, o que pagou valor superior ao valor devido, nos termos da redução operada pelo cumprimento desconforme, tem o direito de exigir a restituição do excedente da parte que o recebeu.⁵⁴⁵

Essa redução do preço é, à evidência, uma forma de indenização, de modo que não poderá o prejudicado que por ela optou exigir outra indenização pela diminuição da utilidade ou pelo valor da prestação, preservando, todavia, o direito de obter indenização por perdas e danos relativos a quaisquer outras perdas que tenha sofrido e que possam ser reparadas nos termos da seção 5 do capítulo 9, dos princípios.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ “Article 9:401 (ex art 4.401) - Right to Reduce Price (1) A party who accepts a tender of performance not conforming to the contract may reduce the price. This reduction shall be proportionate to the decrease in the value of the performance at the time this was tendered compared to the value which a conforming tender would have had at that time.”

⁵⁴⁵ “(2) A party who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and who has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the other party.”

⁵⁴⁶ “(3) A party who reduces the price cannot also recover damages for reduction in the value of the performance but remains entitled to damages for any further loss it has suffered so far as these are recoverable under Section 5 of this Chapter.”

7.2.4.6. Rescisão contratual

A rescisão do contrato é possível sempre que houver um descumprimento essencial por uma das partes, nos termos do art. 9:301,⁵⁴⁷ bem como quando houver mora, esta nas hipóteses limitadas do art. 8:106 (3).

O art. 8:103⁵⁴⁸ cuida do que seria um descumprimento essencial do contrato, conceituando-o. Na hipótese do item (3), a superação do prazo concedido para a correção da prestação torna o vício essencial e passa, a partir dele, a permitir o pedido de rescisão contratual.

Para o exercício do direito de rescisão, exige-se que a parte que o deseja notifique a parte contrária (art. 9:303 (1)⁵⁴⁹).

Perderá o direito de rescindir o contrato a parte prejudicada que não comunicar a outra sobre sua decisão em um prazo razoável, contado da data em que soube acerca do descumprimento da prestação ou do vício, bem como da data em que deveria ter sabido da ocorrência do descumprimento.⁵⁵⁰

No caso de inadimplemento absoluto pelo não oferecimento da oferta de pagamento, o prejudicado não precisa notificar a parte inadimplente sobre a rescisão do contrato, mas se posteriormente a prestação é oferecida, deve comunicar a parte contrária sobre sua decisão de rescindir o ajuste, comunicando-a em prazo razoável da data em que soube da oferta da prestação ou da data em que deveria tê-la conhecido.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ “Article 9:301 (ex art. 4.301) - Right to Terminate the Contract (1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental. (2) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106 (3).”

⁵⁴⁸ “Article 8:103 (ex art. 3.103) - Fundamental Non-Performance - A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if: (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance.”

⁵⁴⁹ “Article 9:303 (ex art. 4.303) - Notice of Termination - (1) A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party.”

⁵⁵⁰ “(2) The aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.”

⁵⁵¹ “(3) (a) When performance has not been tendered by the time it was due, the aggrieved party need not give notice of termination before a tender has been made. If a tender is later made it loses its right to terminate if it does not give such notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the tender.”

Uma regra interessante sobre o tema está contida na alínea (b)⁵⁵², do art. 9:303 (3). Segundo ela, a parte prejudicada pelo inadimplemento perde o direito de resolver o contrato quando teve motivos para conhecer que a outra parte tinha a intenção de realizar a prestação em um prazo razoável e esta ocorre, sem que antes dela tenha comunicado ao devedor que não aceitaria o cumprimento.

A rescisão do contrato implica na liberação de ambas as partes do cumprimento de suas prestações futuras e no afastamento do direito de recebê-las, mas não atinge os direitos e os deveres produzidos e realizados até a rescisão. Igualmente, são expressos os princípios em afirmar que a rescisão não afeta as estipulações contratuais e o sistema eleito para a solução de conflitos, nem as cláusulas que devam surtir efeito mesmo após o término da relação contratual (art. 9:305⁵⁵³).

7.3. Grupo de estudos para um código civil europeu

O projeto do grupo de estudos para produção de um código civil europeu representa uma pesquisa de extensão e profundidade enormes, com vistas à “europeização” do direito privado.⁵⁵⁴

Criado em 1999 como sucessor da *Commission on European Contract Law* e com a sua aprovação,⁵⁵⁵ o *Study Group on a European Civil Code* (SGECC) produziu um rascunho - *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* - de princípios europeus para os mais importantes aspectos do direito das obrigações ou regras-modelo (*model rules*).

⁵⁵² “(b) If, however, the aggrieved party knows or has reason to know that the other party still intends to tender within a reasonable time, and the aggrieved party unreasonably fails to notify the other party that it will not accept performance, it loses its right to terminate if the other party in fact tenders within a reasonable time.”

⁵⁵³ “Article 9:305 (ex art. 4.305) - Effects of Termination in General (1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance, but, subject to Articles 9:306 to 9:308, does not affect the rights and liabilities that have accrued up to the time of termination. (2) Termination does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination.”

⁵⁵⁴ E. HONDIUS et alia, *Principles of european law Sales (PEL S)*, Oxford, Oxford University, 2008, IX.

⁵⁵⁵ T. S. PEREIRA, *Proposta de reflexão sobre um Código Civil europeu*, in *Revista da ordem dos advogados* 64 (2004), p. 7.

Em que pese o desejo de harmonização⁵⁵⁶ do direito privado tendo em vista a globalização do mundo atual, e sobretudo da comunidade europeia, a tentativa, como implementada, sofre críticas, como a utilização do inglês como única língua de trabalho, como o método de eleição dos membros das várias equipes e seu governo etc.,⁵⁵⁷ o que não afasta da pesquisa e do rascunho uma importância enorme no âmbito do direito comparado e da tentativa de união dos povos.⁵⁵⁸

7.3.1. Âmbito de incidência

O *DCFR* não contém, ao menos por enquanto, normas jurídicas, mas apenas estudos destinados a produzir normas jurídicas que governem o direito privado no âmbito da comunidade europeia.

O desenvolvimento da pesquisa de direito comparado em curso na Europa pretende culminar na redação de um código civil que não distinga fatos nacionais de fatos internacionais e sua importância decorre na vontade do

⁵⁵⁶ Sobre a harmonização do direito contratual europeu, inclusive com críticas: *Harmonisation of european contract law: The state we are*, in S. VOGENAUER - S. WEATHERILL (orgs.), *The harmonisation of european contract law: Implications for european private laws, business and legal practice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 5-29; G. ALPA, *Harmonisation of and codification in european contract law*, in S. VOGENAUER - S. WEATHERILL (orgs.), *The harmonisation of european contract law: Implications for european private laws, business and legal practice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 149-169; B. FAUVARQUE-COSSON, *Faut-il un code civil européen?*, in B. FAUVARQUE-COSSON - D. MAZEAUD (orgs.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 99-122, pp. 99-122; G. ROUHETTE, *Les codifications du droit des contrats*, in B. FAUVARQUE-COSSON - D. MAZEAUD (orgs.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 127-136; e D. TALLON, *Vers un droit européen du contract?*, in B. FAUVARQUE-COSSON - D. MAZEAUD (orgs.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 139-148.

⁵⁵⁷ Y. LEQUETTE, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, in B. FAUVARQUE-COSSON - D. MAZEAUD (orgs.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 69-97.

⁵⁵⁸ O movimento de harmonização do direito privado não é - nem deve ser visto como - um movimento isolado na tentativa de aproximação dos vários grupos sociais que se formaram sobre a terra, cuidando-se de uma de suas facetas. A aproximação dos povos é uma necessidade dos seres humanos que, congregados e enraizados em um planeta, aqui devem decidir a sorte de seu destino, o que impõe a necessidade de compartilhamento de conhecimentos. Alia-se a isso a redução das fronteiras pelo desenvolvimento tecnológico de transporte e comunicação. Cf. sobre o tema em termos gerais: E. MORIN, *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Paris, UNESCO, 1999.

parlamento europeu de harmonizar os sistemas jurídicos privados dos estados membros.⁵⁵⁹

As consequências econômicas e migratórias geradas pela queda das fronteiras impõem essa necessidade.

Desse modo, não há propriamente um campo de atuação, mas se pretende que seu âmbito de incidência seja a Europa integralmente.

7.3.2. O cumprimento (des)conforme o contrato e os vícios

Em termos gerais, o *DCFR* cuida do adimplemento e do não adimplemento no Livro III, denominado *obligations and corresponding rights*. O capítulo primeiro traz disposições gerais, o capítulo segundo cuida do adimplemento e o terceiro dos remédios pelo inadimplemento.

Afirma o III-1:101⁵⁶⁰ que os princípios nele contidos se aplicam a todas as obrigações, contratuais ou não, contidas naquelas regras, exceto disposição expressa em sentido diverso.

Assim, com vistas a estudar a regra, não se analisará as eventuais exceções contidas no tratamento de cada um dos temas ou contratos específicos inseridos no *DCFR*.

O III-1:102⁵⁶¹ conceitua que uma obrigação é um dever que o devedor tem em uma relação jurídica perante o credor (1). Conceitua ainda o que é cumprimento de uma obrigação, como sendo o realizar pelo devedor daquilo a

⁵⁵⁹ O desejo do PE está revelado na Resolução A2-157/89, DO C 158 de 26/06/1989. Cf. ainda a *Communication de la commission au conseil et au parlement européen concernant le droit européen des contrats*, in *Journal officiel n° C-255*, de 13/09/2001, pp. 0001-0044 (in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52001DC0398>, acesso aos 24/07/2016).

⁵⁶⁰ “III.-1:101: *Scope of Book - This Book applies, except as otherwise provided, to all obligations within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance.*”

⁵⁶¹ “III.-1:102: *Definitions (1) An obligation is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor. (2) Performance of an obligation is the doing by the debtor of what is to be done under the obligation or the not doing by the debtor of what is not to be done. (3) Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation. (4) An obligation is reciprocal in relation to another obligation if: (a) performance of the obligation is due in exchange for performance of the other obligation; (b) it is an obligation to facilitate or accept performance of the other obligation; or (c) it is so clearly connected to the other obligation or its subject matter that performance of the one can reasonably be regarded as dependent on performance of the other. (5) The terms regulating an obligation may be derived from a contract or other juridical act, the law or a legally binding usage or practice, or a court order; and similarly for the terms regulating a right.*”

que se obrigou ou a não fazer aquilo que se comprometeu a não fazer (2). Em seguida, afirma que o descumprimento de uma obrigação é qualquer falha no cumprimento dela, com ou sem culpa, incluindo a mora e qualquer outro cumprimento desconforme com os termos da obrigação (3). Ainda o mesmo dispositivo conceitua uma obrigação recíproca (4), como sendo aquela em que o cumprimento de uma obrigação é decorrência do cumprimento de outra (a), bem como quando uma obrigação é destinada a facilitar ou aceitar o cumprimento de outra (b) ou quando é claramente conectada a outra obrigação ou a seu conteúdo, de modo que o cumprimento de uma possa ser considerado dependente do cumprimento da outra (c). Por fim, diz a parte final do dispositivo que os termos que regem uma obrigação podem decorrer de um contrato, de outro ato jurídico, da lei, de um costume ou de uma ordem judicial.

Retira-se do artigo mencionado que o não cumprimento possui um conceito unitário,⁵⁶² atingindo toda sorte de inadimplemento e de quebra de deveres principais ou não.

Por este conceito, o cumprimento defeituoso ou o defeito no objeto da prestação é igualmente descumprimento. Desse modo, na lógica do *DCFR* os vícios redibitórios estão contidos nessa rubrica.

Contudo, não se pode perder de vista que o que se entenderá por cumprimento ou não cumprimento deverá sempre ser analisado à luz dos termos que regulam a obrigação. Poderá havê-lo tanto em obrigações de resultado como em obrigações de meio, nestas, quando não for empregada toda a habilidade ou cuidado que deveria ter sido tomado para o bom desempenho da prestação.

Nesse mesmo sentido, o III-3:201, inserido no capítulo dos remédios disponíveis ao prejudicado, dispõe que a secção em que ele está se aplica a qualquer cumprimento pelo devedor que não esteja de acordo com o contrato regulador da obrigação.⁵⁶³

⁵⁶² Sobre o conceito unitário nos diversos direitos nacionais e suas terminologias, Cf. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, v. III, pp. 701-103.

⁵⁶³ "III.-3:201: Scope - This Section applies where a debtor's performance does not conform to the terms regulating the obligation."

7.2.3. Alternativas disponíveis ao prejudicado

Inicialmente, é mister ter em mente que o *DCFR* foi construído com o desejo de preservar os negócios jurídicos e nesta perspectiva os remédios destinados a regular o inadimplemento em sentido amplo foram dispostos.

Em tema de adimplemento, o III-1:103⁵⁶⁴ impõe o dever de boa-fé entre as partes e é expresso em afirmar que o descumprimento de uma obrigação não gera diretamente a possibilidade dos remédios previstos, e a seguir analisados, mas implica imediatamente apenas na limitação do faltoso em exercer ou defender um direito que, não fosse a falta, teria. Além disso, há previsão expressa impondo a cooperação entre as partes ativa e passiva da obrigação, com vistas a atingir o seu objetivo (III.-1:104⁵⁶⁵).

Dentro dessa perspectiva de boa-fé e cooperação, o inadimplemento gera ao prejudicado a possibilidade de veiculação de algum ou alguns remédios previstos no referido capítulo, prevendo o *DCFR* três grandes hipóteses (III.-3:101⁵⁶⁶): (1) Se a obrigação não é realizada pelo devedor e o incumprimento não é escusável, o credor pode recorrer a qualquer dos remédios previstos no mencionado capítulo; (2) Se o não cumprimento do devedor é escusável, o credor pode recorrer a qualquer um dos remédios, exceto exigir o cumprimento específico e perdas e danos; e (3) O credor não poderá socorrer-se de qualquer dos remédios quando der causa ao incumprimento do devedor.

⁵⁶⁴ “III.-1:103: Good faith and fair dealing (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship. (2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act. (3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have.”

⁵⁶⁵ “III.-1:104: Co-operation - The debtor and creditor are obliged to co-operate with each other when and to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor’s obligation.”

⁵⁶⁶ “III.-3:101: Remedies available (1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter. (2) If the debtor’s non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages. (3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor’s non-performance.”

Ainda em termos gerais, a utilização de uma alternativa pelo credor não afasta a utilização cumulativa com outras possibilidades, desde que compatíveis entre si.⁵⁶⁷

É possível também o afastamento da responsabilidade do devedor ou a limitação à utilização de alguns remédios, porém com restrições, sendo uma restrição relevante à cláusula de irresponsabilidade, em termos de vícios redibitórios, aquela que veda cláusulas que atentem contra a boa-fé.⁵⁶⁸

7.2.3.1. Concessão de prazo suplementar para o devedor corrigir a prestação ou o seu objeto

O credor, ao receber a prestação desconforme ou viciada, pode conceder prazo suplementar ao devedor para que corrija sua prestação, noticiando-o (III-3:103 (1)⁵⁶⁹).

Durante o período adicional, o credor pode não cumprir sua prestação correspondente e reclamar prejuízos decorrentes do fato, embora fique proibido de valer-se de qualquer outra alternativa (III-3:103 (2)⁵⁷⁰).

Durante a moratória, recebendo o credor a notícia de que o devedor não cumprirá sua obrigação no prazo concedido ou atingido o seu termo sem a correção, o credor poderá utilizar-se de qualquer outro remédio disponível (III-3:103 (3)⁵⁷¹).

⁵⁶⁷ “III.-3:102: Cumulation of remedies - Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy.”

⁵⁶⁸ “III.-3:105: Term excluding or restricting remedies (...) (2) A term excluding or restricting a remedy for non-performance of an obligation, even if valid and otherwise effective, having regard in particular to the rules on unfair contract terms in Book II, Chapter 9, Section 4, may nevertheless not be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so.”

⁵⁶⁹ “III.-3:103: Notice fixing additional period for performance (1) In any case of non-performance of an obligation the creditor may by notice to the debtor allow an additional period of time for performance. (...)”

⁵⁷⁰ “III.-3:103: (...) (2) During the additional period the creditor may withhold performance of the creditor’s reciprocal obligations and may claim damages, but may not resort to any other remedy. (3) If the creditor receives notice from the debtor that the debtor will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the creditor may resort to any available remedy.”

⁵⁷¹ “(3) If the creditor receives notice from the debtor that the debtor will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the creditor may resort to any available remedy.”

7.2.3.2. Execução específica da obrigação

O credor tem o direito de exigir o cumprimento específico da obrigação não monetária, ainda que de modo forçado, o que é óbvio (III-3:302 (1)⁵⁷²).

A inovação do *DCFR* na matéria é prever que o adequado cumprimento da prestação inclui o direito do credor de exigir gratuitamente do devedor a correção da prestação realizada em desconformidade com os termos contratuais (III-3:302 (2)⁵⁷³).

Nesse aspecto, o *draft* é absolutamente avançado, interpretando o cumprimento específico de modo amplo e lógico, incluindo o dever de corrigir a prestação ou o seu objeto.

Não poderá exigir o cumprimento específico da prestação quando esta foi ilegal ou impossível, quando o cumprimento da prestação for de tal modo caro que não se justificaria economicamente (como no caso já referido de recuperação da coisa do fundo do oceano) ou quando a prestação for personalíssima (III-3:302 (3)⁵⁷⁴).

O credor não poderá exigir o cumprimento específico da prestação se não o exigir em prazo razoável, analisado casuisticamente, após o credor ter sabido do descumprimento, ou ter tido condições de conhecê-lo (III-3:302 (4)⁵⁷⁵).

Ainda que o direito de exigir o cumprimento específico da prestação não esteja mais ou nunca tenha sido franqueado ao credor, este não perde o direito de exigir perdas e danos pelo fato contra o devedor (III-3:303⁵⁷⁶).

7.2.3.3. Reparação da prestação por iniciativa do devedor

Cuidando-se a reparação da prestação e a correção do objeto de uma faceta do direito ao cumprimento específico e, portanto, do direito de cumprir

⁵⁷² “III.-3:302: Enforcement of non-monetary obligations (1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money.”

⁵⁷³ “(2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation.”

⁵⁷⁴ “(3) Specific performance cannot, however, be enforced where: (a) performance would be unlawful or impossible; (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it.”

⁵⁷⁵ “(4) The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance.”

corretamente a obrigação, o *DCFR* prevê um direito de correção (*cure*) em favor do devedor no III-3:202.

A primeira regra geral sobre o tema limita a correção espontânea ao tempo em que a prestação deveria ser cumprida, de modo que, não atingido o termo da prestação, o devedor pode corrigi-la (III-3:202 (1)⁵⁷⁷).

O devedor pode, mesmo que superado o prazo para o adimplemento, oferecer-se para corrigir⁵⁷⁸ a prestação ou o objeto, às suas expensas e em prazo razoável, tão logo seja notificado acerca da desconformidade. Oferecida a correção, o credor não poderá se valer de outros remédios previstos para a hipótese, até o término do prazo oferecido (III-3:202 (2)⁵⁷⁹).

No período de correção, como um imperativo lógico, não poderá o credor valer-se de nenhum outro tipo de remédio previsto do *DCFR*, mas igualmente não será obrigado a cumprir sua obrigação recíproca (III-3:204 (1)⁵⁸⁰).

Superado o prazo oferecido sem que tenha sido corrigida a prestação ou o seu objeto, o credor poderá valer-se de quaisquer outros remédios postos a sua disposição (III-3:204 (2)⁵⁸¹).

Há hipóteses que o devedor não é obrigado a submeter-se ao direito de correção do devedor por razões lógicas.

O credor preserva, entretanto, o direito ao recebimento de indenização por perdas e danos gerados pelo inadimplemento inicial, pelo inadimplemento

⁵⁷⁶ “III.-3:303: Damages not precluded - The fact that a right to enforce specific performance is excluded under the preceding Article does not preclude a claim for damages.”

⁵⁷⁷ “III.-3:202: Cure by debtor: general rules (1) The debtor may make a new and conforming tender if that can be done within the time allowed for performance.”

⁵⁷⁸ Preferiu-se a utilização do verbo corrigir ao revés do verbo curar, embora em inglês se utilize a expressão *right to cure*, evitando-se anglicismos. Assim como o substantivo correção.

⁵⁷⁹ “(2) If the debtor cannot make a new and conforming tender within the time allowed for performance but, promptly after being notified of the lack of conformity, offers to cure it within a reasonable time and at the debtor’s own expense, the creditor may not pursue any remedy for non-performance, other than withholding performance, before allowing the debtor a reasonable period in which to attempt to cure the non-conformity. (3) Paragraph (2) is subject to the provisions of the following Article.”

⁵⁸⁰ “III.-3:204: Consequences of allowing debtor opportunity to cure (1) During the period allowed for cure the creditor may withhold performance of the creditor’s reciprocal obligations, but may not resort to any other remedy.”

⁵⁸¹ “(2) If the debtor fails to effect cure within the time allowed, the creditor may resort to any available remedy.”

após a correção e por todos os prejuízos sofridos durante o processo de correção (III-3:204 (3))⁵⁸²).

Há casos em que o credor não é obrigado a permitir o exercício de correção pelo devedor, previsto no III-3:203.⁵⁸³ Isso se dará quando: (a) o não cumprimento correto da prestação no tempo inicialmente previsto configurar um inadimplemento substancial; (b) o credor tiver razões para crer que o desempenho do devedor foi feito com o conhecimento da não conformidade e de modo contrário à boa-fé e ao tratamento justo; (c) o credor tem razão para acreditar que o devedor não será capaz de efetuar a correção dentro de um prazo razoável e sem grave inconveniente para o credor ou outro prejuízo a interesses legítimos do credor; e (d) a correção seria inapropriada nas circunstâncias concretas.

7.2.3.4. Substituição da prestação ou do objeto

Outra alternativa posta à disposição do credor é a substituição da coisa.

Sempre que a execução específica da prestação implicar na substituição da coisa objeto da prestação ou esta substituição decorrer do direito de correção exercido pelo devedor, este tem o direito de receber de volta a coisa viciada do credor, às expensas do próprio devedor (III-3:205 (1))⁵⁸⁴.

Pelo período em que permaneceu com a coisa viciada, não deve o credor pagar qualquer valor ao devedor, ainda que tenha utilizado a coisa

⁵⁸² "(3) Notwithstanding cure, the creditor retains the right to damages for any loss caused by the debtor's initial or subsequent non-performance or by the process of effecting cure."

⁵⁸³ "III.-3:203: When creditor need not allow debtor an opportunity to cure - The creditor need not, under paragraph (2) of the preceding Article, allow the debtor a period in which to attempt cure if: (a) failure to perform a contractual obligation within the time allowed for performance amounts to a fundamental non-performance; (b) the creditor has reason to believe that the debtor's performance was made with knowledge of the non-conformity and was not in accordance with good faith and fair dealing; (c) the creditor has reason to believe that the debtor will be unable to effect the cure within a reasonable time and without significant inconvenience to the creditor or other prejudice to the creditor's legitimate interests; or (d) cure would be inappropriate in the circumstances."

⁵⁸⁴ "III.-3:205: Return of replaced item (1) Where the debtor has, whether voluntarily or in compliance with an order under III.- 3:302 (Enforcement of non-monetary obligations), remedied a non-conforming performance by replacement, the debtor has a right and an obligation to take back the replaced item at the debtor's expense."

substituída (III-3:205 (2)⁵⁸⁵), embora se deva levar em conta esta utilização na aferição do efetivo prejuízo sofrido caso este venha a ser reclamado, já que a utilização poderá ter reduzido os danos sofridos pelo credor.

7.2.3.5. Abatimento do preço

Por várias razões, pode o credor aceitar a prestação desconforme o contrato. Aceitando-a, poderá exigir a redução do preço pago por ela, de modo expressamente proporcional à menos-valia decorrente do defeito. A comparação se dará tendo em vista a correta prestação ou o perfeito objeto (III-3:601 (1)⁵⁸⁶).

Caso o credor já tenha pago pela prestação valor superior ao que a prestação defeituosa ou ao objeto viciado valha, terá direito de reaver o quanto a mais pagou ao devedor (III- 3:601 (2)⁵⁸⁷).

A redução do preço implica por si uma espécie de indenização ao credor da prestação que a recebe com vícios, não podendo formular pedido indenizatório em relação à menos-valia da coisa, mas conservará o direito de exigir perdas e danos por prejuízos decorrentes da desconformidade diversos do da correspondência entre as prestações (III-3:601 (3)⁵⁸⁸).

Por fim, prevê o III-3:601 (4)⁵⁸⁹ que a redução do preço é uma via de mão dupla, de modo que tendo o credor da prestação uma obrigação recíproca com o devedor, que não seja entrega de dinheiro, a regra irá aplicar-se a ela igualmente.

Não parece que o destaque à norma fosse necessário, porque, havendo obrigação recíproca diversa de entrega de dinheiro, poder-se-á falar que o credor é devedor dela e o devedor é seu credor, aplicando-se todas as regras

⁵⁸⁵ "(2) The creditor is not liable to pay for any use made of the replaced item in the period prior to the replacement."

⁵⁸⁶ "III.-3:601: Right to reduce price (1) A creditor who accepts a performance not conforming to the terms regulating the obligation may reduce the price. The reduction is to be proportionate to the decrease in the value of what was received by virtue of the performance at the time it was made compared to the value of what would have been received by virtue of a conforming performance."

⁵⁸⁷ "(2) A creditor who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and who has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the debtor."

⁵⁸⁸ "(3) A creditor who reduces the price cannot also recover damages for the loss thereby compensated but remains entitled to damages for any further loss suffered."

⁵⁸⁹ "(4) This Article applies with appropriate adaptations to a reciprocal obligation of the creditor other than an obligation to pay a price."

relativas ao adimplemento e ao inadimplemento à prestação específica entre as partes.

7.2.3.6. Rescisão contratual

O tema é tratado na secção 5, do livro III, do capítulo 3, cujo primeiro dispositivo limita sua aplicação às obrigações e às relações contratuais, bem como trata as expressões *termination* e *terminate* como sinônimas, significando o fim da relação contratual.⁵⁹⁰

A rescisão contratual pelo inadimplemento só pode ocorrer quando o descumprimento se referir a uma obrigação fundamental (III-3:502, (1)⁵⁹¹).

Será fundamental o descumprimento ou o vício quando (III-3-501 (2)⁵⁹²): (a) priva substancialmente o credor do que ele tinha o direito de esperar do contrato, seja por inadimplemento total ou parcial, mas de parcela relevante, a menos que o devedor não tenha visto ou não tenha podido ver razoavelmente que o credor esperava esse resultado; e (b) se é intencional ou imprudente e confere ao credor a crença de que o desempenho futuro do devedor não possa ser esperado.

Igualmente o credor terá direito à rescisão do contrato quando, tendo fixado prazo para a correção pelo devedor, este não a tiver corrigido, observando que, se o prazo concedido for muito curto para a correção, a rescisão do contrato dependerá do curso de prazo razoável. É importante notar que este direito existirá ainda que a prestação ou o objeto não se refira a inadimplemento fundamental (III-3:503⁵⁹³).

⁵⁹⁰ “III.-3:501: Scope and definition (1) This Section applies only to contractual obligations and contractual relationships. (2) In this Section “termination” means the termination of the contractual relationship in whole or in part and “terminate” has a corresponding meaning.”

⁵⁹¹ “III.-3:502: Termination for fundamental non-performance (1) A creditor may terminate if the debtor’s non-performance of a contractual obligation is fundamental.”

⁵⁹² “(2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on.”

⁵⁹³ “III.-3:503: Termination after notice fixing additional time for performance (1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period. (2) If the period fixed is

Para a rescisão do contrato nesses termos, é preciso que o credor notifique o devedor acerca de seu intento. Esta notificação não será necessária se, na notificação concedendo prazo para a correção da prestação ou do seu objeto, estiver contida cláusula de que, superado o prazo, o ajuste será automaticamente rescindido após o prazo concedido ou, sendo exíguo, após o prazo razoável (III-3:507⁵⁹⁴).

O credor perde o direito de rescindir o contrato quando não notifica o devedor em prazo razoável, informando-o acerca de seu desejo, iniciando-se o prazo do cumprimento com atraso do recebimento da prestação desconforme, do término do prazo para correção etc. (III-3:503⁵⁹⁵).

7.2.3.7. Exceção de contrato não cumprido

O credor pode opor exceção de contrato não cumprido ao devedor quando (III-3:401⁵⁹⁶): (1) vencendo as prestações ao mesmo tempo, ou a sua em momento posterior à do devedor, este não cumpriu sua obrigação ou não a

unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the time of the notice.”

⁵⁹⁴ “III.-3:507: Notice of termination (1) A right to terminate under this Section is exercised by notice to the debtor. (2) Where a notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice.”

⁵⁹⁵ “III.-3:508: Loss of right to terminate (1) If performance has been tendered late or a tendered performance otherwise does not conform to the contract the creditor loses the right to terminate under this Section unless notice of termination is given within a reasonable time. (2) Where the creditor has given the debtor a period of time to cure the non-performance under III.-3:202 (Cure by debtor: general rules) the time mentioned in paragraph (1) begins to run from the expiry of that period. In other cases that time begins to run from the time when the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the tender or the non-conformity. (3) A creditor loses a right to terminate by notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance), III.-3:504 (Termination for anticipated non-performance) or III.-3:505 (Termination for inadequate assurance of performance) unless the creditor gives notice of termination within a reasonable time after the right has arisen.”

⁵⁹⁶ “III.-3:401: Right to withhold performance of reciprocal obligation (1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed. (2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor’s performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance. (3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty. (4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances.”

ofereceu; (2) vencendo sua prestação em momento anterior à do devedor, tem razões para crer que o devedor não cumprirá sua prestação, enquanto durar a crença motivada. Este direito não existirá se o devedor oferecer garantia suficiente de que cumprirá sua obrigação. (3) Exercida esta faculdade, o credor deve comunicar o devedor tão logo possa, sendo responsável por eventuais danos causados ao devedor pela quebra deste dever; (4) o cumprimento que pode ser excepcionado nos termos do III-3:401 é o todo ou parte da prestação, a depender do que seja razoável segundo as circunstâncias.

8. ALTERNATIVAS DISPONÍVEIS AO PREJUDICADO

Analisado o que é o vício redibitório, seus requisitos, sua natureza jurídica e as normas que o contemplam, importa agora cuidar das alternativas dele nascidas ao prejudicado e mesmo ao devedor da prestação.

Por outras palavras, resta analisar o que o adquirente de um produto viciado, à luz do defeito, pode exigir do alienante para que se mantenha a equivalência das prestações do negócio comutativo, bem como o que deve ou pode fazer o alienante para adimplir de modo que satisfaça sua prestação.

Dois dos remédios previstos pelo sistema são as clássicas ações edilícias, a ação redibitória e a ação estimatória (ou *quantum minoris*).

Outros foram previstos pelo CDC, como a correção do produto ou do serviço e sua substituição, quando a anterior não for possível, bem como a complementação de peso ou medida.

O mesmo se diga em relação à CISG e aos princípios de direito internacional analisados.

Ainda neste capítulo serão tratadas as alternativas contidas no Esboço de A. TEIXEIRA DE FREITAS, que já previa a possibilidade de correção da prestação e sua substituição, o que é pouco ou nada lembrado. Para tanto, se abordará um pouco do seu conteúdo.

8.1. Ação redibitória

A ação redibitória, como dito alhures, surgiu na Roma antiga com o fim de permitir a devolução da coisa viciada ao comprador que a tivera antes, com a recuperação do preço pago, em razão da presença de vício ou defeito na coisa que afete o seu valor ou utilidade.

A ação redibitória está presente no sistema brasileiro, tanto no CC, como no CDC, observando que neste a faculdade surgirá após a tentativa de correção do vício pelo fornecedor, como regra e como será visto adiante. A mesma ação está na CISG.

O objetivo da ação é singelo. O prejudicado formula pretensão de rejeição da coisa viciada, prova o vício⁵⁹⁷ e recebe a prestação que ofereceu.

⁵⁹⁷ Não se tratará, por fugir ao escopo da pesquisa, do ônus da prova do vício, anotando-se apenas que, *a priori*, o ônus é do autor da demanda (art. 373, inc. I, CPC), podendo o juiz manipular fundamentadamente o ônus da prova nas hipóteses legais, inclusive invertendo-a fora

Não se olvida que alguns afirmem que a ação redibitória visa a anulação do negócio entre o adquirente e o alienante,⁵⁹⁸ o que é incorreto, porque a ação redibitória é consequência de um contrato válido, estando sua veiculação no plano da eficácia e não da validade.

8.1.1. Ação redibitória e frutos

Se a solução dada pela ação redibitória é singela, retornando as partes ao *status quo*, a multiplicidade de possibilidades da vida humana revela problemas que impõem soluções.

Exercida a competência ou a pretensão à redibição, o adquirente deve restituir a coisa viciada e todos os proveitos que dela decorrem,⁵⁹⁹ podendo exigir a recomposição dos gastos que teve com a coisa. Opera-se a resolução com efeitos *ex tunc*, sem vantagens ou danos para qualquer das partes.⁶⁰⁰

Aliás, esta era a solução romana.⁶⁰¹

Desse modo, se não pode sofrer danos pelo vício da coisa, deve o adquirente igualmente restituir ao alienante todos os frutos da coisa, pendentes, colhidos e mesmo consumidos, estes por meio de indenização.

8.2.1. Ação redibitória no CC

O prazo para o adquirente exercer o direito à redibição no âmbito do CC é de trinta dias se a coisa for móvel e de um ano se a coisa for imóvel,

das hipóteses de incidência do CDC, em que a inversão é possível (art. 373, §1º, CPC; e art. 6º, VIII, CDC).

⁵⁹⁸ Cf. W. M. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. 10, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 136.

⁵⁹⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, pp. 300-301.

⁶⁰⁰ O. S. LIMA, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, pp. 118-123; e C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Commentario Alle Pandette*, trad. ital. de S. Perozzi - P. Bonfante, v. XXI, Milano, Società Editrice Libreria, 1898, pp. 55-57.

⁶⁰¹ D, 21, 1, 23, 1: “1. *lubent aediles restitui et quod venditioni accessit et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset.*”

“Mandam os edis que se restitua o que for acessório à venda, como também se algumas acessões tiverem sido realizadas, de sorte que, desfeita a compra, não recebam, um e outro, nada mais do que teriam se não tivesse ocorrido a venda.”

D, 21, 1, 31, 19: “19. *Restitui autem debet per hanc actionem etiam quod ei servo in venditione accessit.*”

“Mas deve restituir-se por esta ação também o que na venda foi acessório a este escravo.”

contando-se da efetiva entrega. Caso o adquirente já esteja na posse da coisa antes da alienação, o prazo é reduzido pela metade (art. 445, CC).

O prazo para o exercício da falcidade iniciar-se-á do momento em que o adquirente tiver ciência do vício, quando este for de tal natureza que só possa ser conhecido mais tarde, limitando-se o prazo a cento e oitenta dias se a coisa for móvel e a um ano se imóvel (art. 445, §1º, CC).

A expressão “vício que por sua natureza só puder ser conhecido mais tarde” é verdadeira cláusula geral.⁶⁰² Como tal, os limites do vício serão decididos pelo juiz à luz das vicissitudes do caso concreto.

O CC, por tradição, dispõe que os prazos para o exercício da ação redibitória no que tange a animais serão regulados em lei própria⁶⁰³ em primeiro lugar e, na sua falta, pelos usos e pelos costumes locais, onde houver. Na falta de regras específicas e de costumes sobre o tema, aplica-se subsidiariamente a regra mencionada no parágrafo anterior (art. 445, §2º, CC).

É importante notar que os prazos não correrão na constância de cláusula ou contrato de garantia, iniciando-se ao término deste prazo. Cuida-se de verdadeira causa de impedimento de fluência do prazo decadencial, excepcionada na primeira parte do art. 207, CC.

Havendo a garantia, o adquirente terá o prazo de trinta dias para denunciar o defeito tão logo o descubra, sob pena de decadência (art. 446, CC). Cuida-se de aplicação concreta e positiva do dever de informar, corolário da boa-fé objetiva. A omissão do adquirente, sabedor do vício, que aguarda o termo da garantia para reclamá-lo, configura inegável abuso de direito e, portanto, ato ilícito (art. 187, CC).

⁶⁰² N. ROSENVALD, *Comentários aos arts. 439 a 441*, in C. PELUSO (coord.), *Código Civil comentado: Doutrina e jurisprudência*, 2ª ed., Barueri, Manole, 2008, p. 435.

⁶⁰³ Na literatura estrangeira há monografias específicas sobre os vícios redibitórios de animais. E.g.: P. BRUNO, *Dei vizi redibitorii nella compra-vendita degli animali domestici in relazione colla nostra legislazione norme per l'esercizio delle azioni di garantia*, Novara, Gallina e Repetto, 1904; N. CIANCHI, *Veternaria legale, saggio teorico pratico dei vizi redibitori nella contrattazione degli animali secondo la vigente legislazione*, Siena, Torrini, 1887; e J. A. SAINZ Y ROZAS, *Tratado de derecho veterinario comercial ó de los vicios redhibitorios en los animales domésticos arreglado á la legislacion española*, Zaragoza, Calisto Ariño, 1860 (este não consultado). O tema é ainda objeto de partes de tratados, como G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teórico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco

8.2.2. Ação redibitória no CDC

No CDC os fornecedores de produtos e serviços ao consumo, duráveis ou não, respondem pelos vícios de qualidade ou quantidade, aparentes ou não, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou que lhes diminuam o valor.

Superado o prazo (trinta dias em regra) que o fornecedor tem para reparar o vício na hipótese de fornecimento de produto (art. 18, §1º, CDC), pode o consumidor, devolvendo a coisa (art. 18, §1º, II, CDC), exigir a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada e sem prejuízo da reclamação por eventuais danos. Caso o fornecedor se recuse a cumprir a lei, o consumidor poderá exercer o direito à ação redibitória.

O mesmo direito terá o consumidor em relação aos vícios de quantidade, isto é, quando a quantidade de produto alienado não corresponder ao rótulo, à embalagem, ao recipiente ou à mensagem publicitária (art. 19, IV, CDC).

Cuidando-se de prestação de serviços, o consumidor pode igualmente exigir a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos em caso de execução viciada (art. 20, II, CDC).

8.2. Ação estimatória

A ação estimatória ou *quantum minoris* destina-se a promover uma verdadeira revisão do contrato à luz do vício da coisa ou do serviço, com a redução do preço pago proporcionalmente ao defeito apresentado pela coisa entregue ou pelo serviço prestado.

Esta ação, de origem romana, está presente do CC e no CDC, bem como na CISG.

Sua finalidade é promover uma adequação do sinalagma, isto é, do aspecto comutativo do contrato, equivalendo as prestações das partes segundo aquilo que obtiveram de fato, tendo presente o que queriam verdadeiramente antes da realização das prestações.

Vallardi, [s.d], pp. 478-548. No Brasil, o Esboço de A. TEIXEIRA DE FREITAS cuidava minuciosamente dos vícios redibitórios de animais (arts. 3.582 a 3.584).

A ação estimatória é verdadeiro realizador do princípio da conservação do negócio jurídico, ao lado de outras previsões legais com o mesmo tom.⁶⁰⁴

No caso do contrato de compra e venda e da integralização de capital social, a quantificação do valor da diferença entre o que realmente vale a coisa e quanto ela deveria valer é simples, tendo em vista que uma das trocas é em dinheiro, coisa fungível por excelência e fator equivalencial universal.

O problema maior está na permuta, podendo existir também na doação onerosa e na dação em pagamento. Nestes casos, a palavra “preço” contida no art. 442,⁶⁰⁵ CC, deve ser interpretada como prestação, tendo sido mal utilizado o vernáculo.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ “6. Princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos - A ratificação dos negócios anuláveis (CC1916, art. 148; CC2002, art. 172), assim como a redução dos negócios acometidos de nulidade parcial (CC1916, art. 153; CC2002, art. 184) e também a conversão dos negócios nulos (CC2002, art. 170) atendem ao princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, segundo o qual, no conceito de Antonio Junqueira de Azevedo, ‘... tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos - existência, validade e eficácia -, o máximo possível do negócio realizado pelo agente’. Sobre o fundamento do princípio da conservação, não se pode deixar de dar razão a Eduardo Correia, quando afirma que a ordem jurídica não é inimiga dos interesses dos indivíduos e do desenvolvimento da vida social: ‘A ordem jurídica não é tabu que fulmine totalmente tudo que lhe não é conforme, mas, muito ao contrário, meio de garantir a consecução dos interesses do homem e da vida social; não é inimiga da modelação dos fins dos indivíduos - mas ordenadora e coordenadora da sua realização. Por isso, só nega proteção, ou vistas as coisas por outro lado, só sanciona, quando e até onde os valores ou interesses que presidem a tal coordenação ou ordenação o exigem. E a idéia domina toda a teoria dos negócios jurídicos.’ Nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, elaborados pela Comissão para o Direito Europeu dos Contratos, ficou estabelecido que ‘as cláusulas do contrato devem ser interpretadas no sentido de que são lícitas e eficazes’ (art. 5:106). O princípio da conservação dos contratos, aliás, já vinha expresso em vários Códigos: no francês (art. 1.157), no italiano (art. 1.367), no espanhol (art. 1.284), no português (art. 237), bem como admitido na jurisprudência alemã, na austríaca e na inglesa. Tal princípio também é adotado pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), nos Princípios de Contratos Comerciais Internacionais (art. 4.5): todos os termos de um contrato devem ser interpretados de maneira a produzir efeitos. O direito contemporâneo caminha, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, tanto quanto seja isto possível, em um autêntico *favor contractus*. Espera-se, afinal, que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário.” (L. A. MATTIETTO, *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*, in G. TEPEDINO (coord.), *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pp. 352-353).

Ainda sobre o tema, cf. A. GUERRA, *Princípio da conservação dos negócios jurídicos - A eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*, Coimbra, Almedina, 2016.

⁶⁰⁵ “Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.”

⁶⁰⁶ E. MORAIS - L. P. LEME - T. S. GOMES, *Vícios redibitórios: Escolha das ações, cálculo do abatimento e disciplina dos frutos*, in *Revista Jurídica* 449 (2015), p. 42.

O cálculo do abatimento não é simples, devendo ser realizado, no mais das vezes, por arbitramento.⁶⁰⁷ O problema não é arbitrar-se por perito o valor da diminuição, mas se definir o critério⁶⁰⁸ lógico para sua realização.⁶⁰⁹

R. SALEILLES⁶¹⁰ afirma que, segundo a prática alemã, há três meios de se obter a redução proporcional da contraprestação, quais sejam, pela primeira, restituir-se-á ao adquirente o valor exato da diminuição do valor gerada pelo vício segundo o que a coisa deveria valer e o quanto realmente vale (cálculo aritmético puro), pela segunda, devolve-se ao adquirente a quantia de valor que pagou a maior, calculada pela diminuição do valor pago pela coisa viciada, daquele que ela teria se não possuísse o defeito que a inquina e, pela última, faz-se um cálculo de proporção entre a quantia a ser devolvida e a diminuição do valor da coisa em razão da presença do defeito.

Os dois primeiros modos de cálculo foram afastados pelo próprio autor, porque podem levar ao absurdo,⁶¹¹ pelo que se deve preferir o critério proporcional.

Ainda assim a questão não se encerra. Isso porque é preciso que se defina o momento em que o valor da coisa deve ser considerado. Ora, o cálculo da proporção leva em conta o valor que a coisa deveria ter e o que ela tem, mas

⁶⁰⁷ O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 104, que adota a forma proporcional de cálculo.

⁶⁰⁸ O Projeto de A. COELHO RODRIGUES continha artigo expresso sobre o tema, que dispunha que a redução corresponderia ao “valor, que se liquidar, da depreciação resultante do mesmo vício ou defeito, descobertos depois da compra” (art. 634). (*Projecto do Código Civil precedido de um projecto de lei preliminar*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1897, p. 88). Em verdade, não definia critério algum para a obtenção do valor da redução, mandando liquidar a menos-valia, e o problema é exatamente a liquidação.

⁶⁰⁹ M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, após descrever os três critérios indicados por R SALEILLES, afirma que se recorrer a peritos é a melhor opção segundo o costume jurídico brasileiro (*Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 381-382). Além de não indicar qual o costume e sua fonte, não indica nenhum critério que permita aos árbitros definir o montante da diminuição.

⁶¹⁰ *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1914, pp. 241-242.

⁶¹¹ Suponha-se que uma determinada coisa valesse 20 se não tivesse vício algum e por ela o adquirente pagou o valor de 15. Em razão do vício, a coisa passa a valer 10, de modo que, pelo primeiro critério, o adquirente deveria receber 10 de volta. Se se considerar o segundo modo de calcular, deveria o adquirente ter de volta 5. Pelo último critério, deve-se reduzir o preço proporcionalmente à diminuição do valor da coisa. Se a coisa vale metade do que deveria valer, de-se reduzir o preço igualmente em metade, atingindo 7,5. (Os exemplos são de R. SALEILLES, op. cit., mesmas páginas).

entre a data da celebração do contrato, da manifestação do vício, do exercício da faculdade estimatória e o efetivo pagamento pode haver variação no valor.

Assim, considerando que a redução do preço visa a recuperação do sinalagma, a melhor opção é considerar o valor que a coisa teria no dia da celebração do contrato, se as partes pudessem antever o aparecimento do vício.⁶¹² Desse modo, avalia-se o valor da prestação no momento da celebração do contrato e logo após a manifestação do vício, calculando-se o seu percentual de desvalorização, que será deduzido da contraprestação.⁶¹³

8.2.1. Ação estimatória no CC

No CC a ação estimatória está prevista no art. 442, segundo o qual, em vez de rejeitar a coisa, o adquirente pode reclamar a redução do preço.

A escolha entre o exercício da ação redibitória e da ação estimatória não está vinculado ao tamanho ou à extensão do vício ou do defeito. Poderá, desse modo, o adquirente se valer de uma ou de outra figura, segundo sua conveniência subjetiva, ainda que a coisa esteja apenas parcialmente inutilizada ou estando completamente deteriorada.

A redução se dará proporcionalmente à menos-valia da coisa defeituosa, tendo presente o preço pago. A aferição do valor a ser reduzido do preço pode ser objeto de prova pericial, em caso de necessidade de avaliação técnica da proporção do defeito, necessidade que poderá não existir.

O legislador civil não indicou o modo de cálculo do abatimento do preço, contudo, a razão informa que deverá ser proporcional (e.g. a coisa está dez por cento inutilizada, o preço será reduzido em dez por cento) e o mesmo se dará com a interpretação sistemática da ação, uma vez que o CDC afirma expressamente que o abatimento se dará proporcionalmente.

8.2.2. Ação estimatória no CDC

Do mesmo modo que o uso da faculdade da redibição, o consumidor poderá, superado o prazo para correção do vício (sobre o que se discorrerá

⁶¹² R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1914, pp. 242-243.

⁶¹³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, pp. 301-303.

adiante), exigir a redução do preço, de modo expressamente proporcional (art. 18, §1º, III, CDC).

Esta faculdade é prevista igualmente para os vícios de quantidade (art. 19, I, CDC), ou seja, quando a quantidade do produto alienado não corresponder à indicação do rótulo, do recipiente, da embalagem ou da mensagem publicitária.

O mesmo direito há no caso da execução viciada de serviços (art. 20, III).

Nada muda no regime especial do CDC e no regime do CC quanto à ação estimatória, quando sua opção é viável.

8.3. Correção do vício

O regime de direito civil ordinário não permite ao adquirente de uma coisa viciada, à primeira vista, exigir a correção do defeito às expensas do alienante, havendo exceções que serão analisadas nos tópicos seguintes.

Por sua vez, o direito do consumidor possui regra expressa autorizando o consumidor a exigir a correção do defeito.

Por este regime, sempre que o consumidor adquirir um produto viciado, poderá reclamar o vício no prazo decadencial (art. 26, CDC) de trinta ou noventa dias, a depender de ser o produto não durável ou durável respectivamente (art. 26, inc. I e II, CDC), iniciando-se o prazo, no caso de vício oculto, do seu aparecimento (art. 26, §2º, CDC⁶¹⁴).

Referida reclamação ao fornecedor gerará o dever deste de reparar o vício no prazo máximo de trinta dias (art. 18, §1º, CDC). Cuida-se de prazo em favor do fornecedor, o que torna o direito do consumidor, aparentemente, mais prejudicial que o direito civil, sob a perspectiva das competências iniciais imediatas.

⁶¹⁴ Há divergência na doutrina acerca da expressão “obstar” contida no dispositivo referido (L. R. BESSA, *Vício do produto ou serviço*, in A. H. V. BENJAMIN - C. L. MARQUES - L. R. BESSA, *Manual de direito do consumidor*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2014, pp. 225-227), mas sua interpretação deve ser no sentido de que o prazo é suspenso até a resposta negativa ou o encerramento do inquérito (aliás, havendo lei expressa, é possível a interrupção ou a suspensão do prazo decadencial - art. 207, CC). Cf. J. G. B. FILOMENO, *Curso fundamental de direito do consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 163; A. ALVIM - T. ALVIM - E. A. ALVIM - J. MARINS, *Código de Defesa do Consumidor comentado*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, p. 176; e J. F. SIMÃO, *Vícios do produto - questões controvertidas*, in A. C. MORATO - P. T. NERI, *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, São Paulo, Atlas, 2010, pp. 408-411.

O prazo é concedido ao fornecedor, à toda evidência, para que não se afete a economia e o mercado. Imagine-se a hipótese em que este direito do fornecedor não existisse e o consumidor pudesse exigir desde logo a substituição do produto. Como ficariam, por exemplo, as montadoras de veículos em casos de vícios no assento do passageiro, com o direito do consumidor, desde logo, de obter a substituição do veículo por um novo, sendo coisa composta? O mesmo vale para as fabricantes de refrigeradores de ar, fogões etc. O prazo é, sob a dinâmica comercial, absolutamente indispensável para a preservação do mercado e da economia.

O prazo legal de trinta dias, fixado em favor do fornecedor, poderá ser reduzido, nunca a menos que sete, ou ampliado, nunca a mais que cento e oitenta dias (art. 18, §2º, CDC). Cuidando-se de contrato de adesão, a fixação de prazo diverso do legal dependerá de cláusula separada com manifestação expressa do consumidor (art. 18, §2º, *in fine*, CDC). Considerando que a redução do prazo em princípio beneficia o consumidor, é possível sustentar que a diminuição dele não depende de cláusula separada e destacada, mas a sua ampliação sim.

Retomando a análise da correção do vício, tem-se que o primeiro direito do consumidor é o de ter a coisa reparada pelo fornecedor, com a substituição de peças irreparáveis (art. 18, *in fine*, CDC) e com o restabelecimento do valor e da utilidade da coisa.

Este direito do consumidor, que corresponde ao dever do fornecedor de sanar o vício, obsta o exercício das demais faculdades previstas em favor do primeiro. Por outras palavras, apenas se não corrigido o vício no prazo legal ou convencional, nasce para o consumidor a tríplice opção que o art. 18, §1º, CDC, menciona, com a natureza de competência⁶¹⁵ (redibição, estimação ou substituição da coisa).

Note-se que referida solução é quase a mesma dada pelo Código de Hammurabi nos casos mencionados alhures.⁶¹⁶

No caso dos serviços, o consumidor não tem o dever de aguardar nenhum prazo de correção dos serviços (art. 20, CDC), podendo desde logo

⁶¹⁵ No sentido de direito formativo, ou direito potestativo. Cf. A. ROSS, *Directives and norms*, New York, Humanities, 1968, pp. 116-124.

exigir a reexecução deles, que equivale logicamente a sua correção (v.g. o consumidor contratou uma empresa para pintar as paredes externas de sua casa, entretanto, uma delas foi acometida por bolhas, advindas da má secagem da massa corrida. Ora, bastará ao fornecedor descascar a parede afetada e reexecutar os serviços para uniformizá-la, corrigindo, pois, a prestação).

Esta solução, de correção do defeito, como adiantado, não existe no regime geral do CC em termos amplos, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no direito alemão, mas existe pontualmente no contrato de empreitada e no contrato de locação, segundo a interpretação sistemática das regras que governam especificamente esses dois modelos contratuais.

É sobre o que se tratará em seguida.

8.3.1. A correção do vício no contrato de empreitada

A razão do destaque à possibilidade de correção do vício redibitório no contrato de empreitada é dúplice. Primeiro, pela importância do contrato de empreitada, no mais das vezes celebrado entre incorporadora e construtora para colocação de imóveis novos no mercado. Segundo, por razões históricas, estas mais importantes no desenvolvimento da pesquisa.

Dizia o direito babilônico que “se um pedreiro edificou uma casa para um homem, mas não a fortificou” (§ 229), ocasionando a perda de bens móveis e a ruína da construção, deverá compensar tudo quanto se perdeu e “deverá reconstruir a casa que caiu com seus próprios recursos” (§ 232).⁶¹⁷ O tratamento pormenorizado da matéria só retornou ao direito civil com a promulgação do BGB.⁶¹⁸

Ainda no século XIX houve quem sustentasse que se poderia exigir o cumprimento específico da prestação, no caso de empreitada, em que o empreiteiro executou a obra defeituosamente, asseverando que este deve “compo-la á sua custa”⁶¹⁹ e que não caberia ação redibitória, mas cominatória

⁶¹⁶ Cf. nota 11.

⁶¹⁷ M. T. ROTH, *Law collections from Mesopotamia and Asia minor*, 2ª ed., Atlanta, Scholars, 1997, p. 125.

⁶¹⁸ P. R. MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 73.

⁶¹⁹ M. A. SOUSA, *Tractato pratico das avaliações e dos danos*, Lisboa, Imprensa Nacional,

para que o artífice emendasse o vício, indenizando o dono da obra em caso de impossibilidade.⁶²⁰

1826, §70, p. 140; e §78, p. 143.

⁶²⁰ Suas conclusões são baseadas em dois juristas do medievo:

LANFRANCI ZACCHIAE: “12 question. 37. numer. 38. circa med Si † vero Artifex conducatur ad perficiendum opus, & per ignorantiam illud vitiosum effecerit, itaut reaptari non possit, mercedem consequi non valebit, tamquam ex falsa causa promissam, quia ex quo locat operas suas, videtur asserere, se esse in illa arte peritum, & dum non est talis habere non debet mercedem ex tali causa promissam, & vltteriùs tenebitur omne damnum ex sua imperitia, conductori proueniens emendare...” (De salario sev operariorum mercede tractatus in tres partes distinctvs, in quo quæstiones omnes tam ad theoreticam, quàm ad praxim pertinentes proponuntur, pertractantur, resoluuntur. Opus iurisperitis omnibus tam in foris, quàm in scholis versantibus vtile, & necessarium, cum dvplici indice, Romæ, Nicolai Tinassi, 1659, pp. 191-192).

“Se, de fato, um empreiteiro for contratado para concluir uma obra, e, por despreparo seu, realizá-la com defeito, de tal forma que não possa ser reparada, não se poderá exigir remuneração, como se <dita remuneração tivesse sido> prometida em razão de uma falsa causa, pois entende-se que quem oferece seu labor afirma ser perito nessa arte, e não deve <o empreiteiro > receber a remuneração prometida em razão de tal causa enquanto assim não for; e será ainda obrigado <o empreiteiro> a indenizar o dono da obra por qualquer dano decorrente da sua imperícia...”

“...actionem redhibitoriam, quia † hæc actio locum non habet in contractu locationis, & conductionis vt expressè cautum habemus in...” (op. cit, p. 192).

“se o empreiteiro, recebendo certa remuneração, aceitar concluir algo, e uma parte da obra se revelar defeituosa, não caberá a rescisão do contrato mediante ajuizamento de ação redibitória, pois essa ação não cabe para o contrato de locação”.

E ainda em PETRI PACIONE: “In terminis autem locati, et conducti operis ex eo, quod dictum est conductorem teneri de periculo proveniente culpa sua, videtur posse deduci regulam, quod ubicumque periculum contingat ex vitio operis, ipse conductor teneatur, quia opus non potest esse vitiosum, nisi malitia, aut saltem negligentia, vel imperitia operarii interveniente, et sic semper intervenit culpa ejusdem, quia conducens opus pro certa mercede, implicite promittit adhibere diligentiam necessariam circa illud, necnon etiam implicite asserit se sufficienter peritum, unde dum in aliquo ex his deficit, remanet deceptus locator ejus culpa, ut explicant Castren.” (P. PACIONE, Tractatus de locatione, et conductione, in quo non solum agitur in genere de contractu locationis, et omnibus ad eum pertinentibus, sed etiam in specie de locatione operarum, ac singularum rerum, tam laicarum, quam ecclesiasticarum, casusque individui passim inseruntur. Cum tribus indicibus, capitulorum uno; argumentorum, seu materiarum altero, verborum, et sententiarum tertio locupletissimo, Flotentia, Josephum Celli, 1840, p. 363).

“Nos termos do contrato de empreitada no qual aquele denominado empreiteiro responde pelo dano decorrente da sua culpa, parece que se possa deduzir a regra segundo a qual onde quer que se encontre o dano em razão de defeito da obra, o próprio empreiteiro seja responsabilizado, pois a obra não pode ser defeituosa por ter havido malícia, negligência ou imperícia do operário, e assim sempre há culpa do empreiteiro, na medida em que o empreiteiro que, ao dirigir a obra por certa remuneração, implicitamente prometeu aplicar a diligência necessária para a obra em questão, e também implicitamente afirmou ser suficientemente qualificado; daí que o dono da obra tenha sido ludibriado por culpa do empreiteiro até onde este seja deficiente nesses quesitos.”

Note-se que embora os fragmentos tratem do contrato de empreitada (*locatio conductio operis faciendi*), o termo *conductor*, no texto da obra de L. ZACCHIAE, tem sentido oposto ao consagrado no direito romano clássico, no qual o *locator* era o dono da obra e o *conductor*, o empreiteiro (Cf. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Palermo, Palumbo, 2006, p. 471; e J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 535, este em relação à distinção entre a terminologia jurídica em português e a latina clássica).

Assim, *conductor* significa “dono da obra” e não “empreiteiro”, como seria de esperar nas fontes romanas. De outra parte, o termo “*artifex*”, embora possa ser traduzido como “artífice”,

No direito positivo, a responsabilidade do empreiteiro de materiais e execução pelos vícios ocultos pode ser dividida em duas. Uma no que se refere à solidez e à segurança⁶²¹ e a outra no que tange a outros aspectos da obra.⁶²²

Nos contratos de edifícios ou outras obras consideráveis, o empreiteiro responde pela solidez e pela segurança do trabalho, pelos materiais e pelo solo durante o prazo de cinco anos contados do recebimento da obra pelo dono (art. 618,⁶²³ CC).⁶²⁴

Para exercer esse direito, o dono da obra deverá denunciar o defeito no prazo de cento e oitenta dias contados de seu aparecimento (art. 618,

adquire, no contrato de empreitada (de que trata o texto em questão), o sentido de “empreiteiro”.

Já na obra de P. PACIONE, observa-se exatamente o contrário, a palavra “*conductor*” refere-se ao empreiteiro, enquanto o vocábulo “*locator*” é utilizado para fazer referência ao dono da obra.

⁶²¹ Esta regra não se aplica a outros contratos, mas apenas aos de empreitada. C. M. S. PEREIRA, *Construção de edifício - Empreitada - Venda ou promessa de venda de unidades concluídas - Defeitos supervenientes - Conceito de solidez e segurança - Aplicação da teoria dos vícios redibitórios ou da responsabilidade excepcional do art. 1.245 do Código Civil - Prazos para as respectivas ações: Seis meses e cinco anos - Inconfudibilidade*, in *Revista dos tribunais*, 600 (1985), pp. 9-10, citando diversos autores; e E. V. M. CARVALHO, *Contrato de Empreitada*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, pp. 216-224.

Aliás, cuida-se de regra de hermenêutica: *inclusio unius exclusio alterius*. Sobre o direito excepcional, cf. C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 184-185.

⁶²² M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, t. II, 6ª ed., Coimbra, 1886, Imprensa da Universidade, p. 665; M. A. SOUSA, *Tractado pratico compendiario de todas as acções summarias, sua indole, e natureza em geral e em especial: das summarias, summarissimas, preparatorias, provisionaes, incidentes, preceitos comminatorios, etc e requisitos respectivos e excepções dos réus em cada uma das ditas acções e preceitos e pratica d'estes contra os erros vulgares com um appendice de dissertações*, Lisboa, 1886, pp. 302-304; e E. V. M. CARVALHO, *Contrato de Empreitada*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, pp. 224-226.

⁶²³ “Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.”

A norma havia também no CC/16: “Art. 1.245. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.”

Comentando este dispositivo, afirmou C. BEVILAQUA que a hipótese era uma exceção à cessação da responsabilidade do empreiteiro com a aceitação da obra pelo dono (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1930, pp. 443-444). No mesmo sentido, E. V. M. CARVALHO, *Contrato de Empreitada*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, pp. 127-138; 216-219, entre outros.

⁶²⁴ Não se trata de prazo prescricional, mas de garantia da solidez e da segurança. O prazo prescricional será decenal (art. 205, CC), contado do aparecimento do vício. Cf. P. L. N. LÔBO, *Responsabilidade por vício do produto ou serviço*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 35-36; e C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1930, pp. 444-445.

parágrafo único, CC), devendo o empreiteiro corrigir a obra uma vez que sua obrigação é garantir (assegurar) a solidez e a segurança.

Desse modo, vê-se aqui uma hipótese de correção do defeito inserida no CC. Aliás, a falta de segurança inegavelmente diminui ou exclui utilidade da coisa, o que revela um dos requisitos da qualificação do vício como redibitório.

No que se refere aos vícios alheios à solidez e à segurança (e.g. entupimento em um cano secundário, vazamento em uma calha etc.), em face da exceção expressa na lei e da regra hermenêutica segundo a qual *inclusio unius exclusio alterius*, o empreiteiro responderia nos termos gerais do CC ou sua responsabilidade é limitada àqueles defeitos?

A irresponsabilidade é a exceção do sistema, de modo que fosse este o caso, a lei deveria ser expressa e inequívoca, de modo que, tratando-se de uma omissão, a resposta só pode ser uma, pela aplicação do regime geral tanto de direito civil como de direito do consumidor, a depender das partes envolvidas na relação jurídica de que se trata.⁶²⁵

Nesse caso, fica a indagação, havendo um vício oculto em uma empreitada, que não afete sua segurança ou solidez, poderá o contrato ser resolvido pela ação redibitória?

A resposta pela negativa é intuitiva, contudo, dever-se-á analisar o caso concreto.

Cuidando-se de um contrato complexo, de uma obra vasta e vultuosa, qualquer vício que não afete a solidez e a segurança do prédio poderia ser visto como de pequena monta, não legitimando o dono da obra a desfazer o contrato, o que, se possível, revelaria inegável abuso de direito (art. 187, CC). A solução, nesta hipótese, é o abatimento do preço ou a correção do defeito, evitando-se o enriquecimento sem causa do empreiteiro, que recebeu o preço para entregar o imóvel nos termos do projeto aprovado.

Por sua vez, sendo a empreitada de pequena proporção (v.g. a troca de um piso ou a colocação de forro de gesso), que dificilmente teria sua solidez e

⁶²⁵ Pela incidência de ambos os regimes, um destinado à solidez e à segurança e outro destinado aos demais vícios ocultos, C. M. S. PEREIRA, *Construção de edifício - Empreitada - Venda ou promessa de venda de unidades concluídas - Defeitos supervenientes - Conceito de solidez e segurança - Aplicação da teoria dos vícios redibitórios ou da responsabilidade excepcional do art. 1.245 do Código Civil - Prazos para as respectivas ações: Seis meses e cinco anos - Inconfudibilidade*, in *Revista dos tribunais*, 600 (1985), pp. 12-14.

segurança afetadas, o regime geral ou consumerista incidiria integralmente sem qualquer problema.

Ainda assim, a melhor solução é, inegavelmente, permitir-se a correção pelo devedor ou mesmo por terceiros às suas expensas, nos termos do direito das obrigações de fazer. É verdade que o art. 249, CC, não trata especificamente dos vícios redibitórios, o que afastaria sua aplicação pela regra *lex specialis derogat generali*.

Todavia, a solução do refazimento ou da correção cumpre melhor as finalidades do contrato, preservando o negócio jurídico desejado pelas partes, pelo que se deve, na hipótese, em verdadeira interpretação sistemática, permitir-se a opção da correção.

8.3.2. Correção do defeito no contrato de locação

No contrato de locação incide inegavelmente o regime dos vícios redibitórios (art. 22, inc. III, Lei nº 8.245/91 e art. 568, CC), como visto no item próprio.

A primeira e mais importante obrigação do locador é entregar a coisa locada ao locatário “em estado de servir ao uso a que se destina” (art. 22, inc. I, Lei nº 8.245/91 e art. 566, inc. I, CC).

Além dessa obrigação primeira, deve ainda “mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário” (art. 566, inc. I, CC), assegurando, no caso de imóveis, “durante a locação, a forma e o destino do imóvel” (art. 22, inc. III, Lei nº 8.245/91).

Ora, a interpretação sistemática dos dispositivos relativos à locação de coisas impõe o reconhecimento do dever do locador de, respondendo pelos vícios redibitórios, repará-los, isto é, saná-los, para que possa manter o contrato íntegro e para que possa cumprir sua mais importante obrigação.

No caso da locação não é necessária nenhuma interpretação mais elaborada para verificar a existência incontestável do dever de correção da coisa para sanção do vício ou do defeito oculto.

Assim, também fora do CDC, no âmbito geral, há regra para sanção do defeito em ao menos dois contratos de direito civil.

8.4. Substituição do produto

O CDC franqueia ao consumidor, superado o prazo para correção do vício, sem que este tenha sido sanado, o direito de exigir a substituição do produto.

A solução é singela. O contrato se mantém, o preço se mantém e o consumidor adquire, devolvendo a coisa defeituosa, uma nova idêntica à que recebeu inicialmente ou outra da mesma espécie.

Caso não seja possível a substituição nestes termos, a substituição poderá realizar-se por produto de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço (art. 18, §4º, CDC).

No caso dos serviços, não poderá haver a opção de substituição dos serviços propriamente, uma vez que não se poderá devolver o que se recebeu com defeito. A opção é, como aventado, sua reexecução, de modo integral se for o caso (v.g. contrata-se a pintura com verniz de um piano para que adquira ou mantenha a cor original, posteriormente percebe-se que, pintado, não corresponde à cor contratada), o que equivale tanto à correção do vício como já referido, como sua substituição, pela natureza da prestação.

Essa opção não existe do âmbito do CC, ao menos em sua interpretação isolada e literal, embora haja quem sustente a possibilidade pela interação entre as normas do sistema.⁶²⁶

8.5. Complementação de peso ou medida

Independentemente de tratar-se o vício de quantidade como defeito ou como inadimplemento, a opção pela complementação do restante, a princípio, sempre estará presente no que se refere à parcela faltante.

O CC não trata da hipótese de vício de quantidade, exceto na compra e venda de imóvel *ad mensuram*, que será tratada em seguida.

O CDC, por sua vez, trata especificamente da hipótese, no art. 19, afirmando a responsabilidade do fornecedor pela presença de conteúdo líquido

⁶²⁶ F. GABURRI, *Vícios redibitórios e vícios do produto: Confrontações entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*, in G. M. F. N. HIRONAKA - F. TARTUCE (coords.), *Direito contratual - Temas atuais*, São Paulo, Método, 2008, pp. 376-377. O autor, contudo, não explica a razão pela qual o "diálogo" seria possível.

inferior às indicações constantes no recipiente, na embalagem, na rotulagem ou na mensagem publicitária.

Nesse caso, ao consumidor é franqueado o abatimento proporcional do preço (*quanti minoris*), a complementação do peso ou da medida, a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem vícios, ou a restituição imediata do preço, com correção monetária, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Não sendo possível a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, o consumidor poderá substituí-lo por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante a complementação ou restituição de eventual diferença de preço (art. 19, §1º c/c art. 18, §4º, CDC).

Note-se que o vício poderá advir inclusive da pesagem ou da medição realizada pelo fornecedor imediato, quando o instrumento estiver com defeitos ou mesmo fraudado (e.g. bomba de combustível que marca mais galonagem que a efetivamente saída da bomba ou balança de alimentos mal calibrada que indique peso maior que o real), hipótese em que ele será responsabilizado (art. 19, §2º, CDC).

8.5.1. Complementação de área na compra e venda de imóvel *ad mensuram*

A disciplina positiva do tema era reclamo antigo da doutrina, tendo mesmo afirmado P. A. C. LESSA que a jurisprudência sobre a matéria repudiava a verdadeira doutrina sobre o tema porque, à falta de norma positiva, recorria-se ao direito romano, causa da perpetuação do erro de interpretação.⁶²⁷

Atualmente, no âmbito do CC, há previsão expressa de complementação da área em caso de venda *ad mensuram* de imóvel, nos termos do art. 500, CC.⁶²⁸ Antes do CC, não se deve olvidar, o Projeto de Código Comercial de autoria de H. M. INGLEZ DE SOUZA de 1912 também previa a hipótese

⁶²⁷ P. A. C. LESSA, *Da compra e venda de coisas imóveis “ad corpus” e “ad mensuram”* in *Dissertações e polemicas (estudos jurídicos)*, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio, 1909, p. 281.

⁶²⁸ Para a evolução histórica do instituto no Brasil, cf. I. J. LAGO, *O tratamento jurídico da venda de imóvel com divergência de área na evolução do direito brasileiro: Venda ad corpus e ad mensuram* (tese de doutorado), 2014, pp. 26-118.

em seu art. 730,⁶²⁹ indo além da lei positiva, já que permitia a incidência da hipótese legal, inclusive a móveis.

Sendo a venda por medida de extensão, o adquirente tem o direito de exigir o complemento da área. A utilização das ações edilícias na hipótese, como ressalva o próprio artigo, só nascem se a complementação não for possível, o que demonstra o desejo do legislador na correção do defeito do objeto, isto é, na prevalência da correção sobre a redibição e sobre a ação estimatória.

O artigo é expresso em asseverar que “não sendo possível” o complemento, o comprador poderá reclamar a resolução do contrato ou o abatimento proporcional do preço.

Seguindo a lógica do quanto se escreveu sobre a gravidade do vício, reputa-se de menor monta e, portanto, impassível de reclamação, a diferença de até um vigésimo da área total enunciada (art. 500, §1º, CC).

Nesta hipótese, a lei estabeleceu o limite do que seria vício sem gravidade suficiente para legitimar as ações edilícias, mas franqueou ao comprador provar que, em tais circunstâncias, não teria celebrado o negócio.

Provando que não teria celebrado o negócio sem a fração mínima faltante, terá direito à complementação da área e, não sendo possível, aos remédios edilícios.

Se a venda não foi *ad mensuram*, mas *ad corpus*, não há direito à complementação da área. Será *ad corpus* a venda quando o imóvel for vendido como coisa determinada e específica, sendo as referências a suas medidas meramente enunciativas, mesmo que não conste expressamente se cuidar de venda *ad corpus* (art. 500, §2º, CC).

Igual direito incumbe ao vendedor, que poderá exigir a complementação do preço ou a devolução de parte da coisa, à escolha do comprador, quando, ao invés de haver falta de área, houver excesso (art. 500,

⁶²⁹ “Art. 730. Se no contracto se determinar a área do immovel vendido ou as dimensões dos bens moveis que forem objecto da compra-venda, o vendedor será obrigado a compor ao comprador a differença dos valores, havendo-a se este não preferir resilir o contracto, salvo tratando-se de cousa conhecida de ambas as partes, e sendo a determinação da área ou das dimensões apenas enunciativa.

Esta disposição não é applicavel ás vendas feitas em leilão judicial.” (*Projecto de Codigo Commercial*, v. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1912, p. 228).

§2º, CC) e o vendedor puder provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, como já se viu anteriormente.

Assim, também fora do CDC, há hipótese de complementação de medida (extensão) no regime geral.

8.6. Alternativas contidas no Esboço de A. Teixeira de Freitas

No Esboço de A. TEIXEIRA DE FREITAS havia exaustivo tratamento do tema, por vezes de modo mais preciso que os projetos e as leis posteriores.

Sua colocação em tópico autônomo da pesquisa destina-se apenas a destacar o quão avançado era o Esboço em sua época, uma vez que já tratava da sanção do defeito e do complemento de quantidade.

Antes de verificar estas alternativas, cumpre apresentar um panorama do regime dos vícios no Esboço.⁶³⁰

Além de conceituar o vício redibitório (art. 3.581) e precisar-lhe os requisitos (art. 3.581, §1º e §2º), relacionava quais eram os vícios nos animais cavалares e muares (art. 3.582), no gado vacum (art. 3.583) e no gado lanígero (art. 3.584).

Cuidava da exclusão, da renúncia, da restrição ou da ampliação da responsabilidade pelos vícios redibitórios (art. 3.585 e art. 3.587) e unificava o regime de direito civil e comercial sobre o tema (art. 3.586).

O Esboço diferenciava a venda de coisas conjuntamente de modo singular (art. 3.590, §1º e art. 3.591) ou de modo coletivo (art. 3.590, §2º e art. 3.592), bem como a venda de coisas conjuntamente, sendo umas acessórias das outras (art. 3.593).

O Esboço dava como alternativas aos compradores a ação redibitória e a ação estimatória (art. 3.588 e art. 3.589), mas optando por uma, não poderia intentar a outra.

Optanto pela redibição, restituiria a coisa ao vendedor com seus frutos e acessórios, recebendo o preço com juros, as despesas consumidas para a celebração do contrato e os gastos para tratamento do animal morbosos (art. 3.594).

⁶³⁰ Anote-se que o Esboço não foi, na parte relativa aos vícios, revisto pelo autor nos apêndices de sua obra final (*Vocabulário jurídico com appendices. I - Logar, e Tempo. II - Pessoas. III - Cousas. IV - Factos*, Rio de Janeiro, Garnier, 1883).

Se a coisa percesse em razão do vício oculto, os prejuízos seriam atribuídos ao patrimônio do vendedor; se se deteriorasse, seria restituída no estado em que se achasse (art. 3.595), exceto se o comprador tivesse agido com culpa.

Escolhendo a ação estimatória, o vendedor respondia pela menos-valia da coisa, segundo arbitramento juramentado (art. 3.596). Esta opção era viável mesmo se a coisa houvesse perecido em seu poder após a identificação do vício ou do defeito, mas não em razão dele, e por sua própria culpa.

O Esboço previa a possibilidade de outros adquirentes e alienantes demandarem compradores e vendedores, mas limitava suas opções apenas à ação redibitória (art. 2.597).

Tratava ainda de hipótese que afirmava não se tratar de vício redibitório, entre elas a falta de qualidades garantidas e a falta de quantidade,⁶³¹ mas franqueava a ação redibitória no primeiro caso, a repetição do quanto pagou a maior e mesmo a possibilidade de “exigir o saneamento do defeito ou da falta de qualidade como for possível” (art. 3.610).

Isto quer dizer que A. TEIXEIRA DE FREITAS, entre 1860 e 1864, já previra a “inovação” do CDC no que tange à possibilidade de sanção do vício oculto, ainda que em hipóteses determinadas dos “defeitos que naturalmente não o forem, embora as partes pelo contrato os façam redibitórios”, da garantia assegurada de inexistência de defeitos ou da falta de qualidades garantidas, que o Esboço tratava como não sendo vícios redibitórios, mas que à toda evidência, com exceção da construção contratual da partes, são vícios redibitórios.

⁶³¹ “Art. 3.609. Não são vícios redibitórios: 1º Defeitos que naturalmente não o forem, embora as partes pelo contrato os façam redibitórios, ou o alienante garantisse a não existência deles (art. 1.861, nº 4). 2º Faltas de qualidades garantidas pelo alienante, como não ter o animal vendido as prendas garantidas pelo vendedor (artigo 1.861, nº 4). 3º Outras faltas de qualidades, pôsto que tácitamente supostas pelo adquirente. 4º Servidões ocultas de que esteja gravado o imóvel, pôsto que tornem incomodo seu uso, ou diminuam seu valor. 5º Faltas de quantidade.” Note-se, neste particular, que o Esboço contrariava aquilo que fora afirmado pelo autor na obra de J. H. CORREA TELLES, *Doutrina das acções acomodada ao foro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, Garnier, 1880, p. 293 (690): “Se o vendedor declarar, que o predio vendido tinha dez braças de frente, quando só tinha oito braças; ou cada braça fôï vendida por certo preço, e deve então restituir ao compradôr o que demais recebeu; ou tudo fôï vendido por um só preço, e n’êste caso, nem o compradôr pode queixar-se da falta, nem o vendêdôr do acrescimo.”

Como no direito romano, sempre que o vendedor garantisse que a coisa estava isenta de defeitos, responderia por eventuais defeitos, ainda que ao adquirente fosse possível conhecer do defeito (art. 3.611).

A. TEIXEIRA DE FREITAS previu ainda que haveria direito à sanção do vício ou da falta de qualidade, e às ações edilícias, quando a qualidade foi suposta tacitamente como a causa principal do negócio (art. 3.612, 1º) e não o sendo, poderia exigir o abatimento do preço ou a correção do vício (art. 3.612, 2º).

A falta de quantidade não era vício redibitório para o Esboço (art. 3.609, 5º), mas legitimava as mesmas opções do art. 3.612, sendo ou não a causa principal do negócio (art. 3.614).

Em suma, o estudo constante do Esboço continua a revelar facetas importantes do passado, nas quais é possível aprimorar a lei presente.

8.7. Normas processuais para o cumprimento específico da obrigação

Com as modificações da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), promovidas nos anos 1990 e nos anos 2000, iniciou-se uma nova perspectiva processual no que tange ao direito das obrigações. Esta mudança decorreu principalmente da alteração dos arts. 287 e 461 e da criação do art. 461-A.

O primeiro (art. 287) afirmava que, caso o autor pedisse que o réu prestasse um ato (obrigação de fazer) ou que entregasse alguma coisa (obrigação de dar), poderia requerer a imposição de multa para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela, com vistas a coagi-lo a cumprir sua prestação.

Por sua vez, o art. 461 impunha ao juiz o dever de conceder a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, determinando providências que assegurassem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Por fim, o art. 461-A determinava que o juiz concedesse prazo ao devedor para que este entregasse a coisa reclamada, nas ações que tinham por objeto a entrega de coisa, tratando o §1º da coisa genérica e do regime das escolhas. O §2º, por sua vez, autorizava o juiz a determinar a busca e a apreensão da coisa ou a imissão do credor na sua posse, conforme se tratar de

coisa móvel ou imóvel. O mais importante de tudo era o §3º, que determinava a aplicação dos §§1º a 6º do art. 461 à ação prevista no *caput*.

A importância do parágrafo está na simbiose do regime das obrigações e no desejo inegável do legislador de incentivar o correto adimplemento da prestação, dando a cada um o que é seu.

Isso era tão caro ao legislador da reforma, que foi expresso em afirmar que “a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.” (art. 461, §1º, CPC/73).

Ora, a *mens legis* é inegavelmente de conferir ao credor de uma prestação o seu exato e preciso cumprimento, o que transportado aos vícios redibitórios poderia claramente significar a correção do defeito ou a substituição da coisa.

Sustentar que a lei processual alterou a essência da lei material no que tange à remoção do vício e à substituição da coisa (acaso possível nas relações civis) é bastante simples, à luz do art. 461, §5º, CPC/73, que concedia poderes amplos ao Juiz para assegurar a “tutela específica ou a obtenção do resultado útil equivalente”.

Assim, poderia o magistrado determinar todas as “medidas necessárias” nos termos expressos da lei, acrescentando, após a conjunção “tais como”, diversas medidas a título de exemplo (“imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”).

Este regime jurídico que vigorou até o dia 17/03/2016, foi revogado pelo CPC/2015, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com vigência a partir de 18/03/2016, mas sua essência foi mantida pela nova legislação.

O art. 461, CPC/73, encontra seu correspondente no art. 497, CPC. O art. 461-A, CPC/73, tem o seu equivalente no art. 498, CPC.

A conversão da prestação em perdas e danos (art. 461, §1º, CPC/73) somente ocorrerá mediante pedido do autor ou, como no regime anterior, se a tutela específica ou o resultado prático equivalente se tornarem impossíveis (art. 499, CPC).

A lei processual tem, no particular tema desta pesquisa, inegável incidência prática e, além disso, capacidade de alteração substancial do regime jurídico edilício contido no CC.

Isso porque com as mudanças das leis do processo, não se poderá negar tutela ao adquirente que pretenda obter condenação do alienante, destinada a compeli-lo a corrigir eventual vício redibitório ou mesmo substituir a coisa viciada.

Esses resultados (obrigação de fazer ou de entrega de coisa) conformam-se ao pedido de tutela específica ou providências para atingimento do resultado útil, nos termos dos arts. 497 e 498, CPC, ambos conferindo ao juiz poderes para “inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção” (art. 497, parágrafo único, CPC). Ademais disso, só se converteria a obrigação em perdas e danos mediante pedido expresso do autor ou “se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.” (art. 499, CPC).

Aliando-se as faculdades edilícias com as faculdades processuais é possível concluir que o sistema jurídico brasileiro confere ao adquirente a possibilidade de acionar o alienante para obter a correção do vício ou a substituição da coisa.

Essa interpretação, aliás, uniformiza a responsabilidade pelos vícios redibitórios no âmbito da legislação civil geral, com o mesmo tema no microsistema consumerista e mesmo com as transações mercantis internacionais, além de caminhar lado a lado com os princípios internacionais não vinculantes, que preveem a correção do vício como dever do alienante e direito do adquirente.

8.8. O vício ou o defeito como exceção

Além das possibilidades ativas postas à disposição do adquirente, não se pode negar-lhe o direito de utilizar-se da existência do vício ou do defeito como exceção.

Como afirmado anteriormente, antes de receber a coisa ou o serviço, pode o adquirente deixar de recebê-la, afirmando a exceção de contrato não cumprido quando, no momento do recebimento, percebesse o vício ou o defeito da coisa que se revelasse naquele momento, seja porque aparente, de fácil

constatação ou porque surgido naquele instante da tradição, perdendo a natureza de oculto.

Todavia, recebida a coisa ou o serviço e revelado o vício ou o defeito oculto, o adquirente que ainda não cumpriu a sua parte pode opor-se ao cumprimento, alegando a *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Não se trata de aplicação da exceção de contrato não cumprido propriamente dito, uma vez que não se trata de inadimplemento em sentido próprio, como discutido no item da teoria relativa ao tema, mas de exceção aproximada àquele instituto, cujas regras são absolutamente aproveitáveis.⁶³²

Exceção em sentido genérico⁶³³ é utilizada para designar qualquer meio de defesa empregado por aquele que se defende com o objetivo de escapar aos efeitos da pretensão alheia contra si dirigida.⁶³⁴

Na classificação feita por M. M. SERPA LOPES, a exceção relativa aos vícios redibitórios poderia ser tida como peremptória ou dilatória, a depender do caso concreto; autônoma ou dependente; também na dependência da hipótese concreta, e pessoal.

Será dilatória quando o excepto exigir a reparação da coisa, sua complementação ou sua substituição, bem como quando exigir o abatimento do preço, mas será peremptória quando pretender a redibição. Será intermediária entre ambas quando o excepto pretender a devolução do valor pago a maior.

Será dependente quando exercida contra uma ação proposta contra si para que cumpra sua parcela no contrato comutativo, mas será autônoma quando exercido o direito de retenção do preço antes de uma ação ou mesmo quando exercido o direito à estimacão, à redibição, à correção etc.

Será pessoal, uma vez que só poderá ser oposta a uma determinada pessoa ou a um grupo de pessoas.

⁶³² P. L. N. LÔBO, *Responsabilidade por vício do produto ou serviço*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, pp. 94-95.

⁶³³ Note-se que atualmente o vocábulo não tem mais os limites que tivera no âmbito do direito romano. Cf. S. VAMPRE, *Institutas do imperador Justiniano traduzidas e comparadas com o direito civil brasileiro*, São Paulo, Magalhães, 1915, pp. 264-266; e mesmo nas *institutas* de GAIO (J. A. S. CAMPOS, *Instituições de direito privado romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 462-467).

⁶³⁴ M. M. SERPA LOPES, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, pp. 11-16.

A implicação mais importante talvez seja aquela relativa ao prazo para sua oposição. Embora superado o prazo para sua reclamação, seja pelo direito civil, pelo direito internacional ou pelo direito do consumidor, poderá o adquirente opor-se à eventual cobrança da prestação adversa.⁶³⁵

Em regra, a exceção prescreve no mesmo prazo da ação (art. 190, CC), mas a regra deve ser analisada com mais vagar no que toca aos vícios redibitórios. Isso porque, se do direito emana alguma exceção, a prescrição da pretensão não atinge o direito e, portanto, não afeta a exceção. A comutatividade das prestações é delas, e não das pretensões, o que torna possível a veiculação da exceção, mesmo quando a pretensão do adquirente tenha se esgotado.⁶³⁶

Essa constatação vale para o regime dos vícios redibitórios.⁶³⁷

⁶³⁵ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927, p. 107.

⁶³⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. VI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, pp. 260-261.

⁶³⁷ P. L. N. LÔBO, *Responsabilidade por vício do produto ou serviço*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 95; e J. E. C. PACHECO (edit.), *Jurisprudência brasileira cível e comércio - vício redibitório* 108 (1986), pp. 116-117, entre outros.

9. POSSIBILIDADE GENÉRICA DE CORREÇÃO DO VÍCIO REDIBITÓRIO NO DIREITO CIVIL: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Por tudo quando restou analisado, parece inegável que o sistema jurídico deseja que os negócios livremente convencionados sejam preservados e, mais que isso, que atinjam seus fins imediatos, com a satisfação dos interesses das partes do modo como desejaram no momento da contratação, nem que para isso se permita a correção da prestação, do seu objeto ou mesmo sua substituição.

Vê-se claramente uma evolução legislativa entre os remédios edilícios previstos no CC/16 e no CC em relação àqueles indicados na CISG e no CDC⁶³⁸ e mesmo no CPC/73 após as reformas mencionadas e no CPC atual.

Com isso, pode-se afirmar, sem medo de equívoco, que deveria haver uma previsão legal contida no CC permitindo a correção do vício ou do defeito nas relações civis e a substituição da coisa, para só então permitir-se a veiculação da ação estimatória e da ação redibitória.

É o que fez, por exemplo e sem pretensão de exaustão ou análise profunda do sistema, o legislador alemão ao promover a reforma do BGB pela chamada “lei de modernização do direito das obrigações”, de 26/11/2001,⁶³⁹ alterando o regime jurídico da mora e o do cumprimento defeituoso da prestação.⁶⁴⁰

O §323, (1),⁶⁴¹ BGB, dispõe que nos contratos bilaterais, sempre que o devedor não cumprir exatamente com suas obrigações ou cumpri-las de modo

⁶³⁸ Embora o CC tenha sido promulgado posteriormente ao CDC e à CISG, não se pode perder de vista que seu anteprojeto e projeto são anteriores a ambas as legislações indicadas, de modo que não se deve levar em conta cegamente a data da promulgação, mas sim a data do desenvolvimento do conteúdo normativo de cada um dos instrumentos legislativos. Assim, pode-se afirmar que o CC tem o conteúdo menos moderno em termos históricos que a CISG e o CDC.

⁶³⁹ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts.*

⁶⁴⁰ Anote-se que a reforma realizada naquele país foi enormemente influenciada pelos instrumentos internacionais de uniformização, *rectius*, harmonização, do direito europeu, notadamente as já referidas CISG, PECL e UNIDROIT (U. BABUSIAUX, *L'influence des instruments internationaux d'uniformisation du droit sur le nouveau droit allemand général des troubles de l'exécution du contrat*, in C. WITZ - F. RANIERI (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations*, Paris, Société de Législation Comparée, 2004, pp. 167-201).

⁶⁴¹ “§323 BGB Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung (1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten. (...)”

“Section 323 Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the

defeituoso, o credor poderá rescindir o contrato, mas apenas após conceder um prazo para o devedor cumprir corretamente a prestação, corrigi-la ou substituí-la.⁶⁴²

O dispositivo distingue três tipos de incumprimento: i) a não realização da prestação; ii) a realização da prestação em desconformidade; e iii) a recusa da prestação pelo devedor dela.

Segundo o dispositivo, se o devedor de uma obrigação advinda de um contrato bilateral sinalagmático não a cumprir ou a cumprir em desconformidade com o ajuste, o credor pode resolver esse contrato, mas desde que tenha fixado um prazo razoável para que o devedor realize a prestação omitida ou a corrija e o devedor continue sem cumprir pontualmente a prestação.⁶⁴³

O dispositivo revogou o antigo item 1, do §326, que foi acusado de conter disposição injusta, porque impunha ao credor da prestação a possibilidade de escolher entre a prestação primária voltada ao cumprimento da obrigação e a prestação secundária relacionada ao direito de reparação pelo descumprimento, quando da fixação do prazo suplementar para o devedor cumprir a obrigação. O desejo do legislador da reforma foi permitir a opção do credor, mesmo após o término do prazo suplementar concedido, impondo-se ao devedor faltoso o ônus da incerteza sobre a opção do credor, o que não ocorria antes da reforma.⁶⁴⁴

Com a nova redação do dispositivo, a consequência lógica é que a entrega de um bem ou um serviço defeituoso não afeta o direito do credor de reclamar o cumprimento exato da prestação, que se dará pela substituição da coisa ou serviço defeituoso (no caso de coisas fungíveis) ou a correção do defeito.⁶⁴⁵

contract (1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure. (...)” (tradução do alemão: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>)

⁶⁴² “se o devedor de uma obrigação emergente de contrato sinalagmático não a cumprir, ou não a cumprir em conformidade com o contrato, o credor pode resolver esse contrato, se fixou um prazo razoável para que o devedor efectuasse a prestação em falta, sem que este o fizesse” (N. M. P. OLIVEIRA, *Contributo para a interpretação do artigo 808.º do Código Civil*, in *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2009, p. 58).

⁶⁴³ N. M. P. OLIVEIRA, *Contributo para a interpretação do artigo 808.º do Código Civil*, in *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2009, p. 58.

⁶⁴⁴ Op. cit. mesma página.

⁶⁴⁵ R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations, historical and comparative*

Se por um lado o credor, sendo possível, tem o dever de conceder um prazo suplementar ao devedor faltoso para que este corrija a prestação no caso de cumprimento defeituoso, não se pode perder de vista as alterações operadas no capítulo da compra e venda do BGB, precisamente no §439,⁶⁴⁶ em verdadeira interpretação sistemática.

Importa notar que o vendedor pode rejeitar a forma eleita pelo comprador quando implicar em gastos desproporcionais (§ 439, (3), BGB).

Não é só, contudo. O §324,⁶⁴⁷ BGB, também trouxe inovações importantes para o tema, já que permite a rescisão do contrato quando descumprido pelo devedor e já não haja mais razão para crer que seja cumprido.

Com efeito, no regime jurídico alemão é visível o desejo do legislador em preservar o vínculo contratual com o dever das partes de atingirem o fim do programa obrigacional a que se obrigaram, cumprindo a cada um o dever de

perspectives, New York, Oxford University, 2010, p. 99-100.

⁶⁴⁶ “§ 439 BGB Nacherfüllung (1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. (2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. (3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt. (4) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.”

“Section 439 Cure (1) As cure the buyer may, at his choice, demand that the defect is remedied or a thing free of defects is supplied. (2) The seller must bear all expenses required for the purpose of cure, in particular transport, workmen’s travel, work and materials costs. (3) Without prejudice to section 275 (2) and (3), the seller may refuse to provide the kind of cure chosen by the buyer, if this cure is possible only at disproportionate expense. In this connection, account must be taken in particular, without limitation, of the value of the thing when free of defects, the importance of the defect and the question as to whether recourse could be had to the alternative kind of cure without substantial detriment to the buyer. The claim of the buyer is restricted in this case to the alternative kind of cure; the right of the seller to refuse the alternative kind of cure too, subject to the requirements of sentence 1 above, is unaffected. (4) If the seller supplies a thing free of defects for the purpose of cure, he may demand the return of the defective thing in accordance with sections 346 to 348.” (tradução do alemão: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>).

⁶⁴⁷ “§ 324 BGB Rücktritt wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.”

“Section 324 Revocation for breach of a duty under section 241(2) If the obligor, in the case of a reciprocal contract, breaches a duty under section 241 (2), the obligee may revoke the contract if he can no longer reasonably be expected to uphold the contract.” (tradução do alemão: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>).

cooperar para o atingimento da finalidade, o que implica a possibilidade de correção do defeito ou a substituição da coisa.

Além do direito alemão, também o direito português possui regra nesse sentido, apresentado igualmente de modo exemplificativo apenas.

O art. 913º, CC Port., conceitua o vício redibitório e inclui expressamente a falta de qualidade como vício e, em seguida, o art. 914º, CC Port., confere ao comprador da coisa defeituosa o direito de exigir do vendedor a reparação dela ou, se necessário e a coisa for fungível, sua substituição. Esta obrigação não existirá “se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece.”

No regime português, o vendedor, se estiver obrigado a garantir o bom funcionamento da coisa por lei ou pela convenção, tem o dever de repará-la ou substituí-la quando necessário e a coisa for fungível, independentemente de culpa (art. 921º, 1, CC Port.). No silêncio do contrato, a garantia de funcionamento expira em seis meses, se os usos não estabelecerem prazo maior (art. 921º, 2, CC Port.). O defeito deve ser denunciado no prazo da garantia ou em até trinta dias do seu término (art. 921º, 3, CC Port.).

Voltando ao direito nacional, é possível sustentar a incidência de um regime geral de correção do vício ou a substituição da coisa, sem espanto, na medida em que o art. 947, CC, informa que a prestação será convertida em moeda, apenas e tão somente “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada”.

Ora, podendo cumpri-la na espécie ajustada, ainda que mediante a correção do objeto defeituoso, o que, no sistema, que possui normas voltadas ao cumprimento específico (do que a correção é mera consequência), o impede de fazê-lo? Não o capricho do credor, que implicaria em abuso, mas apenas a impossibilidade física, jurídica ou econômica.

A solução da Antiguidade de recumprimento da prestação ou sua correção ou a adequação do objeto dela deve ser a regra na contemporaneidade,⁶⁴⁸ não se podendo negar que no final do século XX e no século XXI a fungibilidade dos bens e dos serviços é a constante e não mais a

⁶⁴⁸ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 1.060-1.061.

exceção, não se referindo apenas a coisas genéricas, mas à toda sorte de bens cuja produção é massiva na sociedade contemporânea, o que torna necessário mudar a perspectiva de tratamento do instituto milenar para adequá-lo, *rectius*, limitá-lo a um campo de incidência reduzido ou subsidiário, preferindo-se sempre a preservação do negócio jurídico, a correção ou a substituição da prestação e de seu objeto, para só então, como última possibilidade, o credor poder valer-se da ação estimatória ou redibitória.⁶⁴⁹

Assim, atento à norma geral do art. 947, CC, e das possibilidades pontuais de correção contidas no CC e na Lei de Locações de Imóveis Urbanos; e seguindo a lógica do CDC e da CISG, bem como da legislação processual brasileira, espelhando-se ainda nos princípios internacionais mencionados e também em ordenamentos jurídicos estrangeiros, sempre tendo em mente a harmonização dos sistemas jurídicos como exigência da globalização econômica, a seção V (Dos Vícios Redibitórios), do título V (Dos Contratos em Geral), do capítulo I (Disposições Gerais), do livro I (Do Direito Das Obrigações) da parte especial do CC, composto pelos artigos 441 a 446, deveria ser alterada, modernizando-se-a.

A modificação deveria contemplar a possibilidade genérica de sanção do defeito, nem que para isso fosse necessária a substituição da coisa ou de partes dela, assegurando-se ao alienante o direito de corrigi-la antes de ser possível ao credor desfazer o negócio, suportando os custos para tanto, além das perdas e danos, se o caso.

Não sendo possível a correção do defeito, aí sim se deve franquear as ações edilícias e não antes, garantindo-se a preservação do contrato, tal qual desejaram as partes, mesmo em um recumprimento, em um verdadeiro direito de corrigir o objeto da prestação.

À luz das considerações lançadas nesta pesquisa, sugere-se a seguinte proposta de alteração legislativa, em cotejo com a atual redação do CC:

Proposta de alteração legislativa	Código Civil
Art. 441. Sempre que, em um contrato	Sem correspondente

⁶⁴⁹ R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations, historical and comparative perspectives*, New York, Oxford University, 2010, pp. 101; e 104-106.

<p>comutativo, o objeto da prestação padecer de vício ou defeito oculto que lhe desvalorize, impeça a realização do fim a que é destinado, não tenha as qualidades asseguradas pelo alienante ou as qualidades necessárias para a realização de sua finalidade, observar-se-á o disposto nesta seção.</p> <p>§1º Quando não houver no contrato indicação da finalidade para a qual a coisa é negociada, observar-se-á a função natural das coisas da mesma espécie e os usos do local em que celebrado o negócio.</p> <p>§2º Aplica-se o disposto nesta Seção a todos os contratos comutativos destinados à transferência do domínio, da posse ou do uso, respeitadas regras específicas de modelos contratuais próprios ou de regimes jurídicos especiais.</p> <p>§3º Incluem-se entre os contratos que permitem o exercício das competências indicadas nesta Seção as doações onerosas, a integralização de capital social, a locação, a dação em pagamento e a divisão de coisa comum consensual.</p> <p>§4º Considera-se vício ou defeito de qualidade, para os fins do <i>caput</i> deste artigo, aqueles que digam respeito à quantidade ou à medida, à forma de acondicionamento e à divergência com</p>	<p>Sem correspondente</p> <p>Sem correspondente</p> <p>Art. 441. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.</p> <p>Sem correspondente</p>
---	--

<p>as amostras ou os modelos nos quais se basearam.</p>	
<p>§5º O vício, para legitimar as faculdades previstas nesta seção, deve existir à época da transferência do risco, e não necessariamente da celebração do contrato, ainda que de modo latente.</p>	Sem correspondente
<p>§6º A responsabilidade pelos vícios ocultos é objetiva, sendo irrelevante se o alienante sabia ou não sobre sua existência no momento da celebração do negócio ou da transferência do risco.</p>	Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.
<p>§7º O alienante não será responsável, salvo cláusula expressa em sentido contrário:</p>	Sem correspondente
<p>I - pelos vícios declarados ao adquirente;</p>	Sem correspondente
<p>II - pelos vícios conhecidos pelo adquirente no momento da celebração do ajuste, tendo recebido a coisa sem qualquer ressalva;</p>	Sem correspondente
<p>III - pelos vícios aparentes, entendidos como aqueles percebíveis de imediato pelos sentidos do adquirente ao ter contato com a coisa, respeitadas suas limitações pessoais, tendo recebido a coisa sem qualquer ressalva; e</p>	Sem correspondente
<p>IV - pelos vícios que facilmente poderia conhecer e não poderia ignorar pelas suas condições pessoais e em razão das circunstâncias do negócio jurídico,</p>	Sem correspondente

tendo recebido a coisa sem qualquer ressalva.	
<p>Art. 442. Na presença de um vício oculto, o adquirente deverá comunicá-lo ao alienante, no prazo de trinta dias se a coisa for móvel e de um ano se for imóvel, contados da assunção da posse; se já estava na sua posse, o prazo contar-se-á da celebração do contrato, reduzido à metade.</p> <p>§1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, sendo seu o ônus da prova de não o ter conhecido em momento anterior.</p> <p>§2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no <i>caput</i> e no §1º se não houver regras específicas disciplinando a matéria.</p>	<p>Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.</p> <p>§1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.</p> <p>§2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.</p>
Art. 443. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula ou contrato de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.	Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.
Art. 444. Denunciado o defeito ao alienante, este terá o prazo de 30	Sem correspondente

<p>(trinta) dias, contados do recebimento da denúncia, para reparar o objeto da prestação, restabelecendo o seu valor e a sua utilidade, ainda que para isso tenha que substituir a coisa ou partes dela, sendo fungível, ou, para complementar o objeto da prestação, fornecendo a quantidade ou a medida faltante na forma do contrato.</p> <p>§1º O adquirente deverá, estando na posse da coisa, além de denunciar o vício, franquear acesso a ela ao alienante ou outorgar-lhe a posse direta quando isto for necessário à correção do vício ou do defeito, iniciando-se o prazo para o reparo apenas quando o alienante tiver acesso à coisa a ser reparada ou esta for consignada para tanto.</p> <p>§2º Não sendo o acesso à coisa franqueado ao alienante no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, decairá do direito de reparo o adquirente, que também não poderá invocar nenhum dos outros remédios previstos nesta seção em seu benefício, exceto a redução proporcional do preço pago.</p> <p>§3º O prazo para a correção do vício ou do defeito ou para a substituição da coisa, bem como para a complementação da quantidade ou da medida, é estabelecido em favor do alienante e pode ser ampliado ou</p>	<p>Sem correspondente</p> <p>Sem correspondente</p> <p>Sem correspondente</p>
---	---

<p>reduzido pela vontade das partes, mas nunca será inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias.</p> <p>§4º Sendo infungível a coisa, porém não sendo única, prevalecerá a regra contida no <i>caput</i>, que apenas não incidirá no caso de impossibilidade ou no caso em que sua substituição ou reparo for economicamente inviável e desproporcional ao valor do contrato.</p> <p>§5º Todas as despesas para a sanção do defeito correrão por conta do alienante, devendo o adquirente, tanto quanto possível, por sua cooperação razoável, minorar os custos.</p> <p>§6º Durante o prazo de sanção, havendo prejuízos comprovados ao adquirente, estes serão suportados pelo alienante, que, sendo possível, deve minorá-los.</p>	<p>Sem correspondente</p> <p>Sem correspondente</p> <p>Sem correspondente</p>
<p>Art. 445. Não sendo sanado o vício ou substituída a coisa, nem completada na quantidade ou na medida faltante no prazo referido no artigo anterior, surgirá para o adquirente as seguintes alternativas:</p> <p>I - Rejeitar a coisa, recuperando o preço pago, corrigido monetariamente.</p> <p>II - Permanecer com a coisa em vez de</p>	<p>Sem correspondente</p> <p>Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.</p> <p>Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa,</p>

<p>rejeitá-la, reclamando o abatimento proporcional no preço, a ser restituído com correção monetária caso já tenha sido pago.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese dos incisos I e II, se o alienante conhecia o vício ou o defeito da coisa, restituirá o valor integral do preço ou a parcela proporcionalmente abatida com perdas e danos; se o não conhecia, tão somente restituirá o valor recebido ou a parcela proporcionalmente reduzida, mais as despesas do contrato e despesas realizadas para seu desfazimento, se o caso.</p>	<p>redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.</p> <p>Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.</p>
<p>Art. 446. A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da outorga da posse ou da alienação.</p>	<p>Art. 444. A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição.</p>

9.1. Sanação do vício no Projeto de Código Comercial

A necessidade de uniformização do regime deve levar em conta ainda o quanto dispõe o Projeto de Código Comercial,⁶⁵⁰ porque, caso se convole em direito positivo, voltar-se-á à dicotomia entre as obrigações civis e comerciais,⁶⁵¹ o que foi abolido pelo CC.

⁶⁵⁰ PL 1572/2011, da Câmara dos Deputados, apresentado pelo Deputado Vicente Candido, aos 14/06/2011.

⁶⁵¹ R. A. NASSER, *A compra e venda mercantil: Diversidade de regimes jurídicos*, in F. U. COELHO - T. A. R. LIMA - M. G. NUNES (coord.), *Novas reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 431-433.

No Projeto ainda em curso na câmara dos deputados,⁶⁵² o *caput*⁶⁵³ do art. 336 confere ao adquirente apenas as clássicas opções edilícias.

Timidamente, o §1º⁶⁵⁴ do referido artigo franqueia a possibilidade do comerciante requerer a substituição dos produtos, mas exceto se tal faculdade estiver prevista em contrato.

Caminha mal,⁶⁵⁵ portanto, o projeto, que se distancia das normas de comércio internacional usualmente utilizadas pelas nações desenvolvidas, algumas reconhecidas inclusive pelo Brasil, como visto no capítulo 6.

Isso porque não se deveria limitar a faculdade apenas se prevista em contrato, mas ampliá-la a todas as hipóteses, restringindo-a em casos de impossibilidade física, jurídica ou econômica apenas, nos termos já referidos.

O Projeto deveria além disso prever a possibilidade de correção do defeito, não apenas pela substituição da mercadoria, mas também pelo seu reparo.

Como posto, o Projeto afasta-se da CISG em alguns aspectos em que esta é melhor que aquele (e mesmo do que se pratica em nações mais avançadas, como a Alemanha), criando dois regimes jurídicos para as compras e vendas mercantis, uma nacional e outra internacional. Com isso, distancia-se do princípio da preservação do negócio jurídico para preferir a sua resolução.⁶⁵⁶

⁶⁵² Cujo parecer lançado pelo deputado citado foi duramente rebatido por N. EIZIRIK, em parecer produzido a pedido de confederações e apresentado ao 1º.11.2012 com o título *Contrapontos ao Parecer Sobre o Projeto de Código Comercial* (in: http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Contrapontos_ao_Parecer_sobre_Projeto_de_Codigo_Comercial.pdf, acesso aos 16/10/2016).

⁶⁵³ “Art. 336. Em caso de vício, o comprador poderá resilir o contrato, restituindo a coisa e recebendo de volta o que pagou, ou exigir abatimento proporcional no preço.”

⁶⁵⁴ §1º O comprador só poderá impor ao vendedor a obrigação de sanar o vício ou substituir a coisa, se previsto em contrato, e nas condições contratadas.”

⁶⁵⁵ O projeto é realmente ruim, a ponto de C. S. ZANETTI, E. V. A. N. FRANÇA e N. EIZIRIK terem afirmado que se trata de uma aventura jurídica (*A aventura do projeto de Código Comercial - As normas que propõe não modernizam nem racionalizam a legislação empresarial. Não melhoram o ambiente de negócios nem aumentam a segurança jurídica*, in: *O Globo*, 22/08/2016 - in: <http://oglobo.globo.com/opiniaao/a-aventura-do-projeto-de-codigo-comercial-1-19969964>, acesso aos 16/10/2016).

⁶⁵⁶ L. E. FACHIN - C. E. P. RUZYK, *Regime de vícios das mercadorias na compra e venda mercantil no projeto de Código Comercial: Análise comparativa com o Código Civil e com a CISG*, in F. U. COELHO - T. A. R. LIMA - M. G. NUNES (coord.), *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 268.

Embora referidos autores percebam a quadripartição que se gerará entre as compras e vendas, algumas mercantis nacionais submetidas ao Projeto, outras mercantis internacionais submetidas à CISG, outras consumeristas sujeitas ao CDC e as últimas, e subsidiárias civis, afetas

Caso aprovado, o Projeto criará problemas inclusive para a definição da norma aplicável ao caso concreto, porque será preciso saber se a compra é puramente nacional ou se incidirá as normas na CISG,⁶⁵⁷ sem prejuízo de a vontade das partes fazê-la incidir, ou mesmo os princípios de UNIDROIT, como visto anteriormente.

Nos termos como o projeto se encontra, o exercício do direito à substituição deve ser exercido no prazo de dez dias, contados da entrega das mercadorias, quando os vícios são aparentes, ou da revelação do vício, quando oculto (§2^o⁶⁵⁸).

Uma inovação do projeto que o aproxima do direito do consumidor é permitir o exercício das faculdades edilícias em relação aos vícios aparentes.⁶⁵⁹

O projeto é muito fraco e pouco resolve dos problemas gerados por vícios ocultos, caminhando em sentido diverso daquele em que se colocam as legislações tratadas e, portanto, merece ser modificado para adoção de regime que assegure ainda mais o resultado útil e esperado pelo tráfico.

Há quem sustente, sem razão alguma, que há um silêncio legislativo quanto ao contrato de compra e venda mercantil,⁶⁶⁰ existindo apenas normas gerais. Ora, a argumentação é ilógica, uma vez que havendo regras gerais, são estas que governam a compra e venda, seja mercantil, seja não mercantil, não

ao CC, não criticam a posição do Projeto, limitando-se a afirmar que “a adequação da dualidade legislativa para os contextos negociais diversos (...) é tema que demanda investigação empírica, e que pode constituir interessante campo de estudo...” (p. 271). O fato causa estranheza e talvez se justifique pela presença do autor intelectual do Projeto (F. U. COELHO) na obra, como um de seus coordenadores.

⁶⁵⁷ Para um quadro com a análise da incidência teórica de cada um dos regimes possíveis com eventual aprovação do Projeto, cf. R. A. NASSER, *A compra e venda mercantil: Diversidade de regimes jurídicos*, in F. U. COELHO - T. A. R. LIMA - M. G. NUNES (coord.), *Novas reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 438-439.

É possível identificar no corpo do artigo críticas veladas ao Projeto, concluindo o autor que “a proposta do Projeto sobre compra e venda mercantil sem dúvida suscita inúmeras possibilidades de reflexão sobre os avanços possíveis na regulação, no Brasil, deste tema, e sobre a função que a CISG tem nesse aprimoramento.” (p. 444). Provavelmente, críticas mais incisivas não vieram pela presença de F. U. COELHO como coordenador.

⁶⁵⁸ “§2^o O prazo para o exercício deste direito é de 10 (dez) dias, contados da entrega da coisa, quando aparente o vício, ou da manifestação deste, quando oculto.”

⁶⁵⁹ L. E. FACHIN - C. E. P. RUZYK, op. cit., p. 268.

⁶⁶⁰ Op. cit., p. 271.

havendo silêncio algum, mas unificação programada dos regimes jurídicos pelo CC, ao revogar parcialmente o CCo.⁶⁶¹

Mais uma prova do desacerto do projeto é a análise das normas processuais sobre o tema, tendo em vista que o projeto caminha em sentido oposto às normas processuais de cumprimento específico.

Em suma, como alertado inúmeras vezes por E. V. A. N. FRANÇA,⁶⁶² o Projeto em curso é contrário ao que se pratica nas nações evoluídas⁶⁶³ e merece inegável alteração.

Note-se, aliás, que sob o regime anterior, a opinião mais abalizada da doutrina afirmava que era permitido o reparo da mercadoria, após o vendedor receber a reclamação do adquirente sobre os vícios ocultos ou de qualidade ou quantidade, quando ele se comprometesse a fazê-lo, tendo os usos do comércio admitido a reexecução.

Mais que isso, dizia J. X. CARVALHO DE MENDONÇA que, oferecendo-se o vendedor a reparar a mercadoria defeituosa, em quantidade insuficiente ou de qualidade inferior, o adquirente não poderia recusá-la, exceto em casos extremos, já que o comércio repousava na boa-fé,⁶⁶⁴ não tendo muitas vezes culpa o

⁶⁶¹ Isso não quer dizer que o direito mercantil e o direito civil sejam o mesmo. Cada um dos ramos referidos trata de objetos distintos, o que não impõe a necessidade de repartição de campos normativos. Cf. O. L. RODRIGUES JÚNIOR, *A Compra e venda mercantil*, in M. CARVALHOSA (org.), *Tratado de Direito Empresarial*, v. IV, São Paulo, Revista do Tribunais, 2016, pp. 83-85. Cf. ainda sobre os problemas gerados no tema pela proposta de criação de um novo CCo: G. L. C. BRANCO, *As obrigações contratuais civis e mercantis e o Projeto de Código Comercial in Revista de Direito Civil Contemporâneo 1* (2014), pp. 77-98.

⁶⁶² Apenas como exemplo: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149079,21048-Indignacao>, acesso aos 7/09/2016.

⁶⁶³ F. B. P. POLIDO, *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias de 1980 e suas interações com o direito brasileiro: Encontro marcado ou justiça tardia?* in A. WALD (coord.), *Revista de arbitragem e mediação* 43 (2014), pp. 256-259.

⁶⁶⁴ A. TEIXEIRA DE FREITAS: boa-fé “é a alma do commercio, que não pode subsistir sem ella” (*Promptuário das Leis Cívis*, Rio de Janeiro, Instituto Typographico, 1876, p. 105. Em verdade, cuida-se de reprodução de obra portuguesa: “Boa fé quer dizer tenção pura, izenta de dolo, ou engano. A boa fé he a alma do Comercio, que não póde subsistir sem ella. Alvarás de 29 de Julho de 1758, de 30 de Maio de 1759, de 30 de Outubro de 1762, de 16 de Novembro de 1771, e de 6 de Setembro de 1790. Desobriga de restituir o que com ella se despendeo. Assento de 5 de Dezembro de 1770.” (J. J. C. PEREIRA E SOUSA, *Esboço de hum dictionario juridico, theorico, e practico, remisso ás leis compiladas, e extravagantes*, t. I, Lisboa, Typographia Rollandiana, 1825, verbete Boa-fé). O Alvará de 12 de Setembro de 1750 dispunha: “...e com a prática de huma exuberante boa Fé em todos os Pórtos...”, o Alvará de 30 de maio de 1759 previa sobre a boa ou má-fé dos falidos; o Alvará de 30 de Outubro de 1762 previa: “...quanto a reputação, e boa fé de hum verdadeiro Negociante, deve ser illibada, e isenta de opiniões na commua estimação das gentes...”).

vendedor - *bona fides quae in contratibus requiritur, summam aequitatem desiderat.*

10. CONCLUSÃO

A evolução humana demonstrou que os clássicos remédios edilícios, herdados do direito romano, não são mais suficientes para realizar os anseios sociais no que tange aos vícios ocultos no mundo contemporâneo.

A existência de alternativas outras, que não apenas as duas opções edilícias, e que cumprem de modo mais eficaz o princípio da preservação dos negócios jurídicos e mesmo a boa-fé, impõe a conclusão de que a lei brasileira a respeito do tema está defasada e merece atualização.

A experiência internacional comprova a necessidade de modernização da lei brasileira para colocação em seu interior de normas positivas que permitam, em ordem sucessiva: i) a complementação do peso ou da medida de extensão e a correção do defeito; ii) a substituição da coisa; e, como última alternativa, iii) a ação estimatória e a ação redibitória.

A previsão exclusiva das possibilidades redibitória e estimatória permite a burla do negócio pelo alienante, que pode entregar propositalmente coisa defeituosa objetivando forçar o desfazimento do negócio com o retorno ao estado anterior, em verdadeiro abuso de direito.

O mesmo vale para o adquirente que, recebendo a coisa com um defeito, mas arrependendo-se do negócio, furta-se a receber a reparação do defeito ou mesmo a substituição da coisa, preferindo o seu desfazimento e recuperação do dinheiro, igualmente em abuso de direito, tal qual exercício de direito de arrependimento que não teria não fosse o vício.

O CDC, promulgado anteriormente ao CC (ainda que o projeto deste seja anterior ao daquele), contempla hipóteses mais eficazes que aquelas do regime geral, merecendo seu espraiamento a todo o sistema de direito privado, com vistas a uniformizá-lo, diferenciando-se apenas no que mereça diferença, mas mantendo a essência do regime unitária.

Isso é recomendado inclusive por norma internacional com vigência no plano interno (CISG) e por normas não cogentes a que o Brasil aderiu e que visam ampliar e intensificar o comércio internacional. Normas, aliás, de ampla incidência internacional e que motivaram inclusive a reforma do direito das obrigações do BGB.

Além disso, as regras processuais que governam o cumprimento das obrigações contêm mecanismos destinados a assegurar o cumprimento

específico da prestação, inclusive quanto ao seu objeto, convolvendo-se em indenização a prestação apenas no caso de impossibilidade (fática, jurídica ou econômica) de sua realização *in natura*.

Aliando-se as faculdades edilícias com as competências processuais é possível concluir que o sistema jurídico brasileiro confere ao adquirente a possibilidade de acionar o alienante para obter a correção do vício ou mesmo a substituição da coisa (quando a correção não for viável), mesmo que o direito material geral não tenha previsão expressa, porque a interpretação sistemática do direito positivo (CC, CDC, CISG e CPC) permite tal conclusão - inclusive porque a norma geral (CC) não a proíbe, aliás, incentiva a preservação dos negócios jurídicos como princípio.

Em que pese a omissão legislativa, é inegável a possibilidade de ampliação, redução ou exclusão da responsabilidade pelos vícios redibitórios no âmbito das relações civis e empresariais.

Os vícios redibitórios podem ser utilizados como exceção, na ação de cumprimento promovida pelo alienante, ainda que não tenha mais a competência para redibir a coisa ou exigir a redução do preço, uma vez que a exceção prescreve com a pretensão e não com a competência do adquirente.

O projeto de CCo caminha na contramão do que se espera de uma lei empresarial, ignorando normas internacionais sobre comércio e prejudicando as trocas no direito brasileiro.

O presente estudo objetiva contribuir para o preenchimento de lacuna na literatura nacional, bem como servir de justificativa para a proposição de projeto de lei de modernização do regime jurídico dos vícios redibitórios, levando o Brasil a praticar hoje o que as nações civilizadas já realizam.

- BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *A boa-fé na relação de consumo*, in *Revista de direito do consumidor* 14 (1995), pp. 20-27.

_____, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991.

ALBURQUERQUE, Juan Miguel, *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el derecho europeo actual*, Córdoba, Publicaciones Universidad de Córdoba, [s.d].

ALMEIDA, Cândido Mendes de, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do reino de Portugal recopiladas por mando d'el-rey D. Philippe I*, v. IV, 14^a ed., Rio de Janeiro, Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, 12^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.

ALPA, Guido, *Harmonisation of and codification in european contract law*, in VOGENAUER, Stefan - WEATHERILL, Stephen (orgs.), *The harmonisation of european contract law: Implications for european private laws, business and legal practice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 149-169.

_____, *I principi generali*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2006.

_____, *Le stagioni del contratto*, Bologna, Mulino, 2012.

_____, *Manuale di diritto privato*, 7^a ed., Padova, CEDAM, 2011.

ALVES, João Luiz, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado pelo Ministro João Luiz Alves*, v. 4, 3^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.

ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955.

ALVIM, Arruda - ALVIM, Thereza - ALVIM, Eduardo Arruda - MARINS, James, *Código de Defesa do Consumidor comentado*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995.

AMARAL JÚNIOR, Alberto, *A originalidade da disciplina dos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor*, in MORATO, Antonio Carlos - NERI, Paulo de Tarso, *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, São Paulo, Atlas, 2010, pp. 209-224.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica - Perspectivas estrutural e funcional*, in *Revista de direito civil* 46 (1988), pp. 7-26.

ANDREOLI, Giuseppe, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, Cedam, 1937.

APULEIO, *Metamorphoses*, in *Metamorphoses*, v. I, livro VI, trad. ing. de J. A. Hanson, London, Harvard University, 1989.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1984.

_____, *La compravendita in diritto romano*, v. I, 2ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1978.

_____, *La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954.

ARTZ, Markus - GSELL, Beate - LORENZ, Stephan (orgs.), *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002*, in *Revista trimestral de direito civil* 28 (2006), pp. 77-92.

AULETE, Caldas, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, v. II, Rio de Janeiro, Delta, 1958.

_____, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, v. V, Rio de Janeiro, Delta, 1958.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Contratos: Disposições gerais, princípios e extinção*, in *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas - Homenagem a Tullio Ascarelli*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

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

AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Caracterização jurídica da dignidade pessoa humana*, in *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 03-24.

_____, *Ineficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, in *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 148/158.

_____, *Negócio jurídico e declaração negocial: Noções gerais e formação da declaração negocial*, tese de titularidade inédita, São Paulo, 1986.

_____, *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos, *Dicionário analógico da língua portuguesa - ideias afins/thesaurus*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lexikon, 2010.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de, *O contrato de compra e venda de bens imóveis* in GUERRA, Alexandre - BENACCHIO, Marcelo (coords.), *Direito imobiliário*

brasileiro, novas fronteiras na legalidade constitucional, São Paulo, Quartier Latin, 2011, pp. 527-539.

BABUSIAUX, Ulrike, *L'influence des instruments internationaux d'uniformisation du droit sur le nouveau droit allemand général des troubles de l'exécution du contrat*, in RANIERI, Filippo - WITZ, Claude (dir.), *La Réforme du droit allemand des obligations*, Paris, Société de Législation Comparé, 2004, pp. 167-201.

BAPTISTA, Francisco de Paula, *Compendio de hermeneutica juridica*, 3ª ed., Pernambuco, [s.e.], 1872.

BAPTISTA, Luiz Olavo - MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de, *Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro*, in *Revista de arbitragem e mediação* 27 (2010), pp. 11-34.

BARROSO JUNIOR, Sabino, *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

_____, *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

_____, *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. III, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

_____, *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. IV, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1903.

_____, *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. V, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

_____, *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. VI, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

_____, *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. VII, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

_____, *Projecto do Codigo Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior)*, v. VIII, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel - SAIGNAT, Leone, *Traité théorique et pratique de droit civil - De la vente et de l'échange* (1900), *Trattato teórico-pratico di diritto civile - Della vendita e della permuta*, trad. ital. de P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa, Milano, Francesco Vallardi, [s.d].

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf, *Vícios redibitórios*, in LOTUFO, Renan - NANNI, Giovanni Ettore (coords.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 494-507.

BEATSON, Jack - FRIEDMANN, Daniel, *Goodfaith and fault in contract law*, Lexinton, Oxford University, 2013.

BENJAMIN, Antonio Hermen de Vasconcellos e, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 23-138 (nesta obra o nome do autor está gravado erroneamente como Hermen e não como Herman).

_____, *Teoria da qualidade*, in BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e - MARQUES, Cláudia Lima - BESSA, Leonardo Roscoe, *Manual de direito do consumidor*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2014, pp. 147-159.

BENTO DE FARIA, Antonio, *Codigo Commercial brasileiro anotado de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia nacional e estrangeira, e os principios e regras do direito civil, seguido do Regulamento n. 737 de 1850, igualmente anotado, de um indice alphabetico e de um appendice contendo todas as leis commerciais em vigor e que lhe são referentes*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1920.

_____, *Processo commercial e civil (dec, n. 737 de 25 de novembro de 1850), anotado de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia e seguido de um appendice*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903.

BERCOVITZ, Rodrigo - CANO, Rodríguez, *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, in *Anuario de derecho civil - ADC*, Madrid, 1969, pp. 777-837.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.

BERNON, Joseph de, *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en droit romain et en droit français*, Paris, Henri Jouve, 1887.

BESSA, Leonardo Roscoe, *Vício do produto ou serviço*, in BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e - MARQUES, Cláudia Lima - BESSA, Leonardo Roscoe, *Manual de direito do consumidor*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2014, pp. 199-251.

BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, v. IV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1930.

_____, *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Paulo de Azevedo, 1953.

_____, *Projecto de Codigo Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900.

_____, *Theoria geral do direito civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1929.

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile - Il contratto*, v. 3, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2000.

BITTENCOURT, Frederico, *Compra e venda “ad mensuram” e “ad corpus”*, in *Revista forense* 204 (1963), pp. 420-422.

BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed., Milano, Francesco Vallardi, 1907.

BORGES, Marcos Afonso, *Interesse de agir. Venda ad corpus e ad mensuram. Pedidos reconventionais. Memorial*, in *Revista de processo* 94 (1999), pp. 223-230.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre, *História da magistratura - O pretor no direito romano*, São Paulo, LCTE, 2011.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *As obrigações contratuais civis e mercantis e o Projeto de Código Comercial* in *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 1 (2014), pp. 75-99.

BRINZ, Alois Ritter von, *Lehrbuch der Pandekten*, v. II, p. II, 2ª ed., Erlangen, Andreas Deichert, 1879.

- BRUNO, Piero, *Dei vizi redibitorii nella compra-vendita degli animali domestici in relazione colla nostra legislazione norme per l'esercizio delle azioni di garantia*, Novara, Gallina e Repetto, 1904.
- BÜCHELER, Franz - ZITELMANN, Ernst, *Das Recht von Gortyn*, Frankfurt, Johann David Sauerländer, 1885.
- BULGARELLI, Waldirio, *Contratos mercantis*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.
- BUSCH et alia, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, v. II, 6ª ed., Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1928.
- CAMPOS, José António Segurado e, *Instituições de direito privado romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *System denken und system begriff in der Jurisprudenz* (1983), *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. port. de A. M. R. Menezes Cordeiro, 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations (Contract, engagements unilatéraux, legs)*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1927.
- CARDOSO, Isabella Tardin, *Estico de Plauto*, Campinas, Unicamp, 2006.
- CARLETTI, Amílcar, *Brocardos jurídicos*, v. III, São Paulo, Leud, 1986.
- CARNEIRO, Manoel Borges, *Direito civil de Portugal*, t. I, Lisboa, Maria da Madre de Deus, 1858.
- CARVALHO, Carlos Augusto de, *Nova consolidação das leis civis*, Porto, Nogueira, 1915.

CARVALHO, Everardo Viriato de Miranda, *Contrato de Empreitada*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953.

CARVALHO, Orlando de, *Para uma teoria da relação jurídica civil - A teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*, 2ª ed., Coimbra, Centelha, 1981.

_____, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 2012.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, L. IV, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1927.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Inácio, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956.

_____, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de, *Código Civil brasileiro interpretado - Principalmente do ponto de vista prático*, v. XV, 10ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980.

_____, *Código Civil brasileiro interpretado - Principalmente do ponto de vista prático*, v. XVI, 10ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980.

CASSEB, Paulo Adib, *Vício redibitório: Paralelo entre o Código Civil e o Código do Consumidor*, in *Revista do instituto de pesquisas e estudos* 16 (1997), pp. 145-176.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2008.

CESAR, José Augusto, *Sobre os efeitos dos contratos bilaterais (direito civil)*, Campinas, Casa Genoud, 1914.

- CHAVANNES, Rodolphe Daresté de la, *La loi de Gortyne*, in *Bulletin de correspondance hellénique* 9 (1885), pp. 301-317.
- CIANCHI, Niccolò, *Veternaria legale, saggio teorico pratico dei vizi redibitori nella contrattazione degli animali secondo la vigente legislazione*, Siena, Torrini, 1887.
- CÍCERO, *Dos deveres (de officiis)*, trad. port. de C. H. Gomes, Lisboa, Edições 70, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa, *Código Comercial e legislação complementar anotados*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- COELHO DA ROCHA, Manoel Antonio, *Instituições de direito civil portuguez*, t. I, 6ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886.
- _____, *Instituições de direito civil portuguez*, t. II, 6ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886.
- CÔELHO RODRIGUES, Antonio de, *Projecto do Codigo Civil precedido da historia documentada do mesmo e dos anteriores*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1897.
- _____, *Projecto do Codigo Civil precedido de um projecto de lei preliminar*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1897.
- COLIN, Ambroise - CAPITANT, Henri, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, 10ª ed., Paris, Dalloz, 1953.
- CORREA TELLES, José Homem, *Doutrina das acções accomodada ao foro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, Garnier, 1880.

CORREIA, Alexandre - SCIASCIA, Gaetano, *Manual de direito romano e textos de correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, v. I, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1961.

_____, *Manual de direito romano. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1951.

CORREIA, Damares Barbosa, *O mercador de Plauto: estudo e tradução* (dissertação de mestrado), 2008 (in <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8143/tde-14052008-150613/pt-br.php>).

COSTA, Emilio, *Cecerone giureconsulto parte I, Il diritto privato*, Bologna, Gamberini e Parmeggiani, 1911.

_____, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Turin, Fratelli Bocca, 1890.

COSTA, José da Silva, *Continencia do contracto (Parecer acompanhado por J. Saldanha Marinho)*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação XVIII* (1877), pp. 553-555.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, *A obrigação como um processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2013.

_____, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, in *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* 40 (1987), pp. 128-149.

_____, *O princípio da boa fé no direito brasileiro e português*, in *Estudos de direito civil brasileiro e português (I jornada luso-brasileira de direito civil)*, São Paulo, RT, 1980, pp. 43-72.

CRUZ, Emídio Pires da, *Dos vícios redibitórios no direito português*, Lisboa, Portugália, 1942.

CUNHA, Fernando Whitaker, *Vendas “ad mensuram” e “ad corpus”* in *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* 29 (1983), pp. 191-195.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima, *Obrigações e o cumprimento defeituoso*, Curitiba, Juruá, 2011.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da, *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1950.

_____, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, v. VIII, Coimbra, Coimbra, 1934.

DANNEMANN, Gerhard - VOGENAUER, Stefan, *The common european sales law in context interactions with english and german law*, Oxford, Oxford University, 2013.

DEL NERO, João Alberto Schützer, *Conversão substancial do negócio jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

DINIZ, Maria Helena, *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, *Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, v. 3, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

DONADIO, Nunzia, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, Giuffrè, 2004.

D'ÓRS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989.

EBERS, Martin - JANSSEN, André - MEYER, Olaf (edits.), *European perspectives on producer's liability*, Munich, Sellier European Law, 2009.

EGAS, Eugenio - Alfredo PUJOL, Alfredo, *Manual de audiência, Processo civil e commercial, Regulamento n. 737 de 1850, Commentado e anotado segundo a jurisprudencia dos tribunais*, São Paulo, Espindola, Siqueira & comp., 1898

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*, São Paulo, Fórum, 2014.

_____, *Um diálogo entre as normas que disciplinam a prescrição e a decadência no CC/02 e no CDC em matéria de vícios redibitórios*, in MIRANDA, Daniel Gomes de - CUNHA, Leonardo Carneiro da - ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de (orgs.), *Prescrição e decadência: Estudos em homenagem ao Professor Agnelo Amorim Filho*, Salvador, JusPODIVM, 2013, pp. 353-369.

EIZIRIK, Nelson, *Contrapontos ao Parecer Sobre o Projeto de Código Comercial*, in: http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Contrapontos_ao_Parecer_sobre_Projeto_de_C_digo_Comercial.pdf, acesso aos 16/10/2016.

ENDEMANN, Friedrich von, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts - Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 8ª e 9ª ed., v. 1, Berlin, Carl Heymanns, 1903.

ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martín, *Lehrbuch des Bürgerlichen Recht*, Bd. 1, Abt. 2, *Tratado de derecho civil - Derecho de obligaciones*, trad. esp. de B. P. Gonzales e J. Alguer, v. II, p. II, Barcelona, Clarasó, 1950.

ESPÍNOLA, Eduardo, *Manual do Código Civil brasileiro - Parte geral: dos factos jurídicos*, v. III, p. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929.

_____, *Sistema do direito civil*, Rio de Janeiro, Rio, 1977.

FACHIN, Luiz Edson, *CISG, Código Civil e Constituição brasileira: paralelos congruentes sob os deveres de conformidade das mercadorias*, in SCHWENZER, Ingeborg - PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães - TRIPODI, Leonardo (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, pp. 532-545.

FACHIN, Luiz Edson - RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, *Regime de vícios das mercadorias na compra e venda mercantil no projeto de Código Comercial: Análise comparativa com o Código Civil e com a CISG*, in COELHO, Fábio Ulhoa - LIMA, Tiago Asfor Rocha - NUNES, Marcelo Guedes (coord.), *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 259-271.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *Faut-il un code civil européen?*, in FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - MAZEAUD, Denis (orgs.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 99-122.

FELÍCIO DOS SANTOS, Joaquim, *Projecto do Codigo Civil brasileiro e comentário*, t. IV, Rio de Janeiro, Laemmert & C., 1886.

FELIZOLA, Milena Britto, *Quem cala consente? O silêncio como manifestação de vontade no direito comparado*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 4 (2015), pp. 35-51.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.

FERREIRA, José Dias, *Código Civil portuguez anotado*, v. II, Lisboa, Imprensa Nacional, 1871.

_____, *Código Civil portuguez anotado*, v. IV, Lisboa, Imprensa Nacional, 1875.

FERREIRA, Waldemar Martins, *Manual do comerciante*, 2ª ed., São Paulo, Monteiro Lobato & comp., 1923.

_____, *Tratado de direito comercial*, v. 10, São Paulo, Saraiva, 1963.

FERRINI, Contardo, *Manuale di pandette*, 4ª ed., Milano, Libreria, 1953.

FILOMENO, José Geraldo Brito, *Curso fundamental de direito do consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2014.

FINLEY, Moses I., *Some problems of greek law: A consideration of Pringsheim on sale - SEMINAR - An annual extraordinary number of the jurist*, IX, Washington, School of Canon Law, 1951, pp. 71-91.

FITERMAN, Mauro, *O princípio da exatidão no contexto da relação jurídica obrigacional complexa*, in MELGARÉ, Plínio (org.), *O direito das obrigações na contemporaneidade - Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*, Porto Alegre, 2014, pp. 367-376.

FIUZA, Ricardo, *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*, São Paulo, Saraiva, 2004.

FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed., Berlin, Springer, 1992.

_____, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975.

FRADERA, Véra Jacob de, *Informar ou não informar nos contratos, eis a questão!* in MARTINS-COSTA, Judith - FRADERA, Vera Maria Jacob de (orgs.), *Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, São Paulo, RT, 2014, pp. 231-253.

FUBINI, Ricardo, *La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1906.

- FUJITA, Jorge Shiguemitsu, *Obrigações e contratos empresariais no novo código civil: Os vícios redibitórios*, in BARROSO, Lucas Abreu (org.), *Introdução crítica ao Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 153-179.
- FURTADO, Gabriel Rocha, *Mora e inadimplemento substancial*, São Paulo, Atlas, 2014.
- GABURRI, Fernando, *Vícios redibitórios e vícios do produto: Confrontações entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - TARTUCE, Flávio (coords.), *Direito contratual - Temas atuais*, São Paulo, Método, 2008, pp. 365-397.
- GARBI, Carlos Alberto, *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integralidade da prestação e da cláusula geral da boa-fé*, São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, 2014.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*, t. 1, Barcelona, Jaime Molinas, 1889.
- _____, *Cuerpo del derecho civil romano*, t. 2, Barcelona, Jaime Molinas, 1889.
- _____, *Cuerpo del derecho civil romano*, t. 4, Barcelona, Jaime Molinas, 1889.
- GHESTIN, Jacques, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971.
- GILISSEN, John, *Introduction historique au droit* (1979), *Introdução histórica ao direito*, trad. port. de A. M. Hespanha - M. M. Malheiros, 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GILSON, Bernard, *Inexécution et résolution en droit anglais*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

GIORDANI, Mário Curtis, *O novo Código Civil à luz do direito romano - parte geral*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

GIORGI, Giorgio, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, v. II, 6ª ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1937.

GIORGIANNI, Michele, *L'inadempimento - Corso di diritto civile*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1975.

GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6ª ed., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1918.

GIRINO, Franco, *Presupposizione*, in AZARA, Antonio - EULA, Ernesto (dirs.), *Novissimo digesto italiano*, v. XIII, Torino, Uet, 1957, pp. 775-784.

GLÜCK, Christian Friedrich von, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Commentario Alle Pandette*, trad. ital. de S. Perozzi - P. Bonfante, v. XXI, Milano, Società Editrice Libreria, 1898.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *Vícios do produto e do serviço*, in LOTUFO, Renan - MARTINS, Fernando Rodrigues (coords.), *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: Conquistas, desafios e perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 331-356.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989.

_____, *Inventário. Compra e venda. Partilha - Imóvel atribuído a viúva meeira - Venda ad corpus feita por esta - Excesso de área verificado posteriormente - Pretensão de herdeiros sobre esse excesso - Inteligência do artigo 1.136 do Código Civil - Nulidade de partilha impossível com fundamento em erro, pelo decurso do tempo - Imóvel - Negócio ad corpus - Como se caracteriza e como se distingue do negócio ad mensuram - Aplicação do artigo 1.136 do Código Civil exclusivamente a contrato de compra e venda - Invocação descabida contra partilha em inventário* in DIP,

Ricardo - JACOMINO, Sérgio (orgs.), *Doutrinas essenciais: Direito registral*, v. III, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 1.395-1.403.

_____, *Obrigações*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

_____, *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006.

_____, *Transformações gerais do direito das obrigações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967.

GONZAGA, Nicolau Tolentino, *Extinção das obrigações*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1925.

GRASSERIE, Raoul de la, *Code civil allemand - Promulgué le 18 août 1896 - Exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1900 - Suivi de la loi d'introduction, de la loi sur les livres fonciers et de celle sur la vente et l'administration forcée, de la loi sur la constatation de l'état des personnes et la célébration du mariage, de la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité d'empire et de la nationalité d'état (Dans leur teneur au 1^{er} novembre 1909) - Traduits et annotés avec introduction*, 3ª ed, Paris, A. Pedone, 1910.

_____, *Projet de code civil allemand - Traduit avec introduction*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1893.

GRECO, Paolo, *La compravendita e altri contratti*, 2ª ed., Milano, Universitaire Malfase, 1952.

GROSS, Bernard, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

GUERRA, Alexandre, *Princípio da conservação dos negócios jurídicos - A eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*, Coimbra, Almedina, 2016.

- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008.
- GUIMARÃES, Otávio Moreira, *Da boa-fé no direito civil brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1953.
- HAYMANN, Franz, *Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, Vortrag, gehalten am 24. Februar 1913 in der juristischen Gesellschaft in Frankfurt a. M.*, Berlin, Franz Vahlen, 1913.
- HENRIOT, Eugène, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poètes latins*, t. I, Paris, Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1865.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 27ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2014.
- HONDIUS, Ewoud et alia, *Principles of european law Sales (PEL S)*, Oxford, Oxford University, 2008.
- HORÁCIO, *Sátiras*, in *Satires, epistles and ars poetica*, trad. ing. de H. R. Fairclough, London, Harvard University, 1929.
- HUBER, Peter, *Comparative sales law*, in REIMANN, Mathias - ZIMMERMANN, Reinhard, *The Oxford handbook of comparative law*, New York, Oxford University, 2008, pp. 937-967.
- HUDELOT, A. - METMAN, Étienne, *Des obligations - sources - extinction - preuve*, Paris, Delhomme et Brigue, 1894.
- HULOT, Henri, *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien, Traduits en français par feu M. Hulot, Docteur-agrégé de la faculté de droit de Paris et avocat au parlement, pour les quarante-quatre premiers livres, et pour les six derniers par M. Berthelot, ancien docteur-agrégé de la même faculté, avocat au parlement, censeur royal pour la jurisprudence, et maintenant professeur de législation à l'école centrale du gard. Sur un*

exemplaire des pandectes florentines, conféré avec l'édition originale de Contius, celle de Denis Godefroy par Elzévir et plusieurs autres, t. III, Paris, Rondonneau, 1804.

IMPALLOMENI, Giambattista, *L'Editto degli edili curuli*, Padova, Cedam, 1955.

JAYME, Erik - NEUS, Jobst-Joachim, *Wörterbuch Recht und Wirtschaft Deutsch - Portugiesisch*, v. 2, 2^a ed., München, Beck, 2013.

JHERING, Rudolf von, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen (1859/1861?)*, *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, trad. port. de P. M. Pinto, Coimbra, Almedina, 2008.

JÖRS, Paul - KUNKEL, Wolfgang, *Römisches Privatrecht*, 3^a ed., Berlin, Springer, 1949.

JOSSERAND, Louis, *De L'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'abus des droits*, 2^a ed., Paris, Dalloz, 1939.

_____, *Relativité et abus des droits*, in *Évolutions et actualités conférences de droit civil*, Paris, Recueil Sirey, 1936, pp. 71-92.

KASER, Max, *Römisches Privatrecht (1992)*, *Direito privado romano*, trad. port. de S. Rodrigues - F. Hämmerle, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999.

KHANDANI, Kouros Majdzadeh, *Does the CISG, compared to english law, put too much emphasis on promoting performance of the contract despite a breach by the seller?* in *The Manchester Review of Law, Crime & Ethics* I (2012), pp. 98-135.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio, *A crise do inadimplemento, purgação da mora e conservação do contrato*, in ANDRIGHI, Fátima Nancy (org.), *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2013, pp. 207-218.

- KOCH, Detlef, *Produkthaftung - Zur Konkurrenz von Kaufrecht und Deliktsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.
- KRUISINGA, Sonja A., *(Non-)Conformity in the 1980 UN convention on contracts for the international sale of goods: A uniform concept?*, New York, Intersentia, 2004.
- KUYVEN, Fernando - PIGNATTA, Francisco Augusto, *Comentários à convenção de Viena*, São Paulo, Saraiva, 2015.
- LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula, *Dos efeitos das obrigações (arts. 928 a 1.078)*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934.
- LAGO, Ivan Jacopetti do, *O tratamento jurídico da venda de imóvel com divergência de área na evolução do direito brasileiro: Venda ad corpus e ad mensuram* (tese de doutorado), 2014 (in www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde.../TESE_Ivan_Jacopetti_do_Lago.pdf).
- LANDO, Ole - BEALE, Hugh, *The principles of european contract law, Part 1, Performance, non-performance and remedies* (1995), *Principios de derecho contractual europeo*, trad. esp. de P. B. Benlloch - J. M. E. Irujo - F. M. Sanz, partes I e II, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.
- LARENZ, Karl, *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*, 10^a ed., München, Beck, 2012.
- _____, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. esp. de C. F. Rodríguez, Granada, Comares, 2002.
- _____, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. I, 14^a ed., München, Beck, 1987.
- _____, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. II, p. 1, 13^a ed., München, Beck, 1986.
- _____, *Lehrbuch des Schuldrecht*, v. II, p. 2, 13^a ed., München, Beck, 1994.

_____, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1975.

LAURENT, François, *Principes de droit civil français*, t. 24, Bruxelles, Bruylant Christophe & Comp, 1877.

LEITÃO, Arthur de Freitas, *Notas ao processo civil e commercial, Regulamento n. 737, de 1850*, 2ª ed., São Paulo, Teixeira & Cia, 1928.

LEME, Lino de Moraes, *O ante-projeto de código das obrigações* in *Revista da faculdade de direito* 36, (1941), pp. 67-105.

_____, *Vícios redibitórios. Sua distinção de “qualidade” - Ações que cabem na falta destas e na existência daqueles*, in *Revista dos tribunais*, 289, (1959), pp. 41-43.

LEQUETTE, Yves, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, in FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - MAZEAUD, Denis (orgs.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 69-97.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro, *Da compra e venda de coisas imóveis “ad corpus” e “ad mensuram”* in *Dissertações e polemicas (estudos jurídicos)*, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio, 1909, pp. 281-360.

_____, *Da compra e venda de coisas imóveis “ad corpus” e “ad mensuram”*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo* XVI (1898), pp. 5-14.

_____, *Da compra e venda de coisas imóveis “ad corpus” e “ad mensuram”*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo* XVII (1898), pp. 1-32.

LIMA, Otto de Sousa, *Teoria dos vícios redibitórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965.

LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Brocardos jurídicos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1961.

_____, *Do vício redibitório*, in *Questões práticas de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 107-119.

LIU, Chengwei, *Additional period (Nachfrist) for late performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and case law*, 2ª ed., 2005, disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu4.html>. Acesso aos 27/05/2016.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha, *Curso de direito romano*, t. I, Rio de Janeiro, Tipografia de Álvaro Pinto, 1931.

_____, *Curso de direito romano*, t. II, Rio de Janeiro, Tipografia de Álvaro Pinto, 1931.

_____, *Curso de direito romano*, t. III, Rio de Janeiro, Tipografia de Álvaro Pinto, 1931.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Responsabilidade por vício do produto ou serviço*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

LOCKE, John, *An essay concerning human understanding* (1959), *Ensaio sobre o entendimento humano*, trad. port. de E. B. Soveral, 5ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2014.

LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano (parte generale; fatti giuridici - negozi giuridici - atti illeciti; parte speciale: La compra-vendita)*, Milano, [s/d].

LOUREIRO, Lourenço Trigo de, *Instituições de direito civil brasileiro*, v. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1871.

LYRA, Augusto Tavares de, *Parecer sobre os arts. 1228-1324*, in *Projecto do Código Civil brasileiro - Trabalhos da comissão especial da câmara dos*

deputados (Mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior), v. III, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, pp. 134-138.

MACHADO, João Baptista, *Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas*, Lisboa, Anuário Comercial de Portugal, 1972.

_____, *Âmbito de eficácia e âmbito de competências das leis (Limites das leis e conflitos de leis)*, Coimbra, Almedina, 1998.

MADEIRA, Hécio Maciel França, *Digesto de Justiniano - Liberprimus*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

MAFRA, Manuel da Silva, *Continencia do contracto (Parecer)*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação XVIII*, (1877), pp. 557.

MARCHI, Eduardo César Silveira, *Guia de metodologia jurídica*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

MARCHI, Eduardo César Silveira - RODRIGUES, Dárcio R. M - MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de, *Comentários ao Código Civil brasileiro: Estudo comparativo e tradução de suas fontes romanas - Parte geral*, São Paulo, Atlas, 2011.

MARCUCCI, Márcio, *Contrato. Compra e venda. Bem móvel. Vício oculto. Ação redibitória. Prazo. Início. Negociações entre as partes. Inexistência de interrupção. Decadência. Incidência dos arts. 207, e 445, caput, do CC/2002*, in *Revista de direito privado* 40 (2009), pp. 341-366.

_____, *Responsabilidade por vícios do produto e do serviço* (dissertação de _____ mestrado), _____, 2007, _____ (in <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040896.pdf>).

MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2014.

- _____, (coord.) *Diálogo das fontes do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, RT, 2012.
- MARRONE, Mateo, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Firenze, Palumbo, 2006.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001.
- MARTINEZ, Pedro Romano - PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de cumprimento*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2006.
- MARTINS, Fran, *Contratos e obrigações comerciais*, 16ª ed., atual. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- _____, *As obrigações do vendedor no contrato de compra e venda internacional de mercadorias regido pela CISG*, in SCHWENZER, Ingeborg - PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães - TRIPODI, Leonardo (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, pp. 295-314.
- _____, *Cláusulas gerais: Um ensaio de qualificação*, in ANDRADE, José Maria Arruda de - COSTA, José Augusto Fontoura - MATSUO, Alexandra Mery Hansen (coords.), *Direito: teoria e experiência - estudos em homenagem a Eros Grau*, t. II, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 993-1021.
- _____, *Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)*, in MARTINS-COSTA, Judith - FRADERA, Vera Maria Jacob de (orgs.), *Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, São Paulo, RT, 2014, pp. 189-230.
- _____, *Os campos normativos da boa-fé objetiva: As três perspectivas do direito privado brasileiro*, in AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.),

Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas - Homenagem a Tullio Ascarelli, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 387-421.

MARTORANO, Federico, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Eugenio Jovene, 1959.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade, *Invalidade dos atos e negócios jurídicos*, in TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pp. 325-360.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

MCKENDRICK, Ewan, *Harmonisation of european contract law: The state we are*, in VOGENAUER, Stefan - WEATHERILL, Stephen (orgs.), *The harmonisation of european contract law: Implications for european private laws, business and legal practice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 5-29.

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos, *A lei das XII tábuas: Fonte do direito público e privado*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961.

MELLIUS FREIRIUS, Paschalis Josephi, *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati*, Conimbricæ, Typographia Academico-Regia, 1827.

MELLO FREIRE, José Paschoal de, *Instituições de direito civil português*, trad. port. de M. P. Meneses, Lisboa, [s.e.], 1966.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *A reforma civil alemã de 2001/2002*, in *Da modernização do direito civil I - Aspectos gerais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 69-134.

_____, *Da boa-fé no direito civil*, Lisboa, Almedina, 2011.

- MENGGONI, Luigi, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 51, I (1953), pp. 3-25.
- MIMOSO, Ruy Braz, *A natureza jurídica do dote*, Lisboa, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1952.
- MIRANDA JÚNIOR, Darcy de Arruda, *Curso de direito comercial*, v. I, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987.
- MONIER, Raymond, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, Recueil Sirey, 1930.
- _____, *Manuel élémentaire de droit romain - Les obligations*, t. II, 4ª ed., Paris, Domat, 1948.
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. MALUF, Carlos Alberto Dabus - SILVA, Regina Beatriz Tavares da, São Paulo, Saraiva, 2012.
- MONTESSORI, Roberto, *Garanzia del venditore pei vizi dela cosa e la denuncia dei difetti dela mercê nella compravendita commerciale*, Milano, Vallardi, 1910.
- MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de, *Pacto de melhor comprador: Configuração no direito romano ("in diem addictio") e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010.
- MORAIS, Ezequiel - LEME, Luciano Paes - GOMES, Tício Spínola, *Vícios redibitórios: Escolha das ações, cálculo do abatimento e disciplina dos frutos*, in *Revista Jurídica* 449 (2015), pp. 35-53.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in *Estudos de direito romano*, Brasília, Senado Federal, 2009, pp. 417-448.

_____, *A parte geral do código civil brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

_____, *Direito romano*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012.

_____, *O novo Código Civil brasileiro e o direito romano - Seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico*, in *Estudos de Direito Romano*, Brasília, Senado Federal, 2009, pp. 657-672.

MORENO, Antonio Manuel Morales, *El alcance protector de las acciones edilicias*, in *Anuario de derecho civil* 33, 3 (1980), pp. 585-686.

MORIN, Edgar, *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Paris, UNESCO, 1999.

MOSCO, Luigi, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, Eugenio Jovene, 1950.

MOURA, Mario Aguiar, *Insuficiência da teoria dos vícios redibitórios na defesa do consumidor*, in *Repertório IOB Jurisprudência* 01/93 (1993), pp. 17-15.

MOZOLIN, V. P. - MASLIAEV, A. I., *Russian civil and commercial law - Law of obligations: General provisions and individual types*, v. 2, trad. ing. de W. E. Butler, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011.

NANA, Gérard-Jérôme, *La réparation des dommages causes par les vices d'une chose*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1982.

NASSER, Rabih Ali, *A compra e venda mercantil: Diversidade de regimes jurídicos*, in COELHO, F. U. - LIMA, T. A. R. - NUNES, M. G. (coord.), *Novas reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 431-445.

NAVARRINI, Umberto, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, v. I, Torino, Fratelli Bocca, 1920.

_____, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, v. II, Torino, Fratelli Bocca, 1920.

NICOLAU, Gustavo Rene, *Implicações práticas da boa-fé objetiva*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - TARTUCE, Flávio (coords.), *Direito contratual - Temas atuais*, São Paulo, Método, 2008, pp. 113-123.

NIEDERLÄNDER, Hubert, *Gewährleistung und Garantie bei der Sachmängelhaftung - Ein innerdeutscher Rechtsvergleich*, in WAHL, Eduard - SERICK, Rolf - NIEDERLÄNDER, Hubert (edits.), *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung: Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967, pp. 313-325.

NORDMEIER, Carl Friedrich, *O novo direito das obrigações no código civil alemão - A reforma de 2002*, in MARQUES, Cláudia Lima (coord.), *A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo, RT, 2007, pp. 137-175.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2000.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles, *Dos efeitos dos vícios redibitórios à luz do Código Civil brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor*, in *Revista do instituto de pesquisas e estudos - Divisão jurídica* 29 (2000), pp. 69-82.

OERTMANN, Paul, *Die geschäftsgrundlage: Ein neuer rechtsbegriff*, Leipzig, Scholl, 1921.

_____, *Introducción al derecho civil*, trad. esp. de L. S. Seral, Barcelona, Editorial Labor, 1933.

OLIVEIRA, James Eduardo, *Inadimplemento relativo e inadimplemento absoluto*, in ANDRIGHI, Fátima Nancy (org.), *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2013, pp. 15-32.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *A resolução do contrato no direito alemão e no direito português*, in *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2009, pp. 63-75.

_____, *Contributo para a interpretação do artigo 808.º do Código Civil*, in *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 51-61.

_____, *Contributo para a “modernização” das disposições do Código Civil português sobre a impossibilidade da prestação*, in *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 11-32.

OLIVEIRA, Valdeci Mendes de, *Obrigações e responsabilidade civil aplicadas*, 2ª ed., São Paulo, Edipro, 2002.

ORTU, Rosanna, *“Aiunt aediles...” - Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell’editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino, G. Giappichelli, 2008.

PACHECO, José Ernani de Carvalho (edit.), *Jurisprudência brasileira cível e comércio - vício redibitório*, 108 (1986).

PACIFICI-MAZZONI, Emidio, *Il Codice Civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, 6ª, 7ª e 8ª ed., rev. e cor. VENZI, Giulio, v. 12, Torino, Torinese, 1929.

PACIONE, Petri, *Tractatus de locatione et condutione*, Flotentiae, Josephum Celli, 1840.

PAGE, Henri de, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, t. 4, Bruxelles, Émile Bruylant, 1951.

PELUSO, César (coord.), *Código Civil comentado - Doutrina e jurisprudência*, 2ª ed., Barueri, Manole, 2008.

PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques, *Nota sobre a “continencia do contracto”*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação XVIII* (1877), pp. 557-558.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Anteprojeto de código das obrigações*, Rio de Janeiro, s/e, 1964.

_____, *Construção de edifício - Empreitada - Venda ou promessa de venda de unidades concluídas - Defeitos supervenientes - Conceito de solidez e segurança - Aplicação da teoria dos vícios redibitórios ou da responsabilidade excepcional do art. 1.245 do Código Civil - Prazos para as respectivas ações: Seis meses e cinco anos - Inconfudibilidade*, in *Revista dos tribunais*, 600 (1985), pp. 9-14.

_____, *Idéia de boa fé*, in SOUZA, Sylvio Campanema de (coord.), *Revista forense comemorativa 100 anos*, t. III - direito civil, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 67-81.

_____, *Instituições de direito civil - contratos*, v. III, 18ª ed., atual. MULHOLLAND, Caitlin, Rio de Janeiro, Forense, 2014.

_____, *Projeto de código de obrigações*, [s.l.], Serviço de Reforma de Códigos, 1965.

_____, *Reformulação da ordem jurídica e outros temas*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

PEREIRA, Genésio Cândido, *Das vendas “ad corpus” e “ad mensuram” - art. 1.136 do Cód. Civil* in *Revista forense* 555 (1949), pp. 309-311.

PEREIRA, Reina Marisol Troca, *A comédia do fantasma (‘Mostellaria’)*, Coimbra, Annablume, 2014.

_____, *As três moedas (Trinvmmvvs)*, Coimbra, Annablume, 2014.

- PEREIRA, Teresa Silva, *Proposta de reflexão sobre um Código Civil europeu*, in *Revista da ordem dos advogados* 64 (2004), pp. 497-608, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45841&ida=47182, acesso aos 04/06/2016.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, *Esboço de hum diccionario juridico, theorico, e practico, remisso ás leis compiladas, e extravagantes*, t. I, Lisboa, Typographia Rollandiana, 1825.
- PEREZ, Mariano Alonso, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1967.
- PERISCO, Giovanni, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1955.
- PERLINGIERI, Pietro, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.
- PINKER, Steven, *The blank slate: The modern denial of human nature* (2002), *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*, trad. port. de L. T. Motta, São Paulo, Companhia das Letras, 2004.
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1908.
- PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, 2^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1956.
- PLATÃO, *As leis - incluindo epinomis*, 2^a ed., trad. port. de E. Bini, São Paulo, Edipro, 2010.
- PLAUTO, *Captivi*, in *Comédies - tome II: Bacchides - Captivi - Casina*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1933.
- _____, *Menaechmi*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952.

_____, *Mercator*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952.

_____, *Miles Gloriosvs*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952.

_____, *Mostellaria*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961.

_____, *Persa*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961.

_____, *Poenvlvs*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenvlvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961.

_____, *Rvdens*, in *Comédies - tome VI: Psevdolvs - Rvdens - Stichvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1972.

_____, *Stichvs*, in *Comédies - tome VI: Psevdolvs - Rvdens - Stichvs*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1972.

_____, *Trinvmvs*, in *Comédies - tome VII: Trinvmvs - Trvcvlentvs - Vidvlaria - Fragments*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot, *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias de 1980 e suas interações com o direito brasileiro: Encontro marcado ou justiça tardia?* in WALD, Arnold (coord.), *Revista de arbitragem e mediação* 43 (2014), pp. 251-281.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *A sabedoria dos instintos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1924.

_____, *Fontes e evolução do direito civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.

_____, *Garra, mão e dedo*, São Paulo, Livraria Martins, 1953.

_____, *Introdução à sociologia geral*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

_____, *Sistema de ciência positiva do direito*, 2ª ed., v. 1, Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.

_____, *Tratado de direito privado*, t. III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

_____, *Tratado de direito privado*, t. IV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

_____, *Tratado de direito privado*, t. VI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.

_____, *Tratado de direito privado*, t. XXIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.

_____, *Tratado de direito privado*, t. XXIV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959.

_____, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962.

_____, *Tratado de direito privado*, t. XXXIX, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1962.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire prononcé par Portalis le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement*, Amsterdam, De Academische Boekwinkel, 1948.

POTHIER, Joseph Robert, *Traité du contract du vente selon les regles tant du for de la conscience, que du for exteérieur*, t. 1, Paris, Chez Debure, 1781.

_____, *Traité du contract du vente selon les regles tant du for de la conscience, que du for exteérieur*, t. 2, Paris, Chez Debure, 1781.

PRINGSHEIM, Fritz, *Das Alter der aedilizischenactioquantiminoris*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 69 (1952), pp. 234-301.

_____, *The decisive moment for aedilician liability*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1 (1952), pp. 545-556.

_____, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1950.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, *Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

_____, *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço - Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11.9.90)* in NERY JÚNIOR, Nelson - NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.), *Doutrinas essenciais: Responsabilidade civil*, v. IV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 845-908.

RABEL, Ernst, *Das Recht des Warenkaufs - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, v. 2, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1967.

REALE, Miguel, *Estudos preliminares do Código Civil*, São Paulo, RT, 2003.

_____, *História do novo Código Civil*, São Paulo, RT, 2005.

_____, *Teoria tridimensional do direito*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

REGELSBERGER, Aloys Ferdinand Friedrich Waldemar, *Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von dem Einfluß der theilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältniß*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 40, 4 (1898), pp. 249-278.

RIBEIRO, Darcy, *O povo brasileiro - A formação e o sentido do Brasil*, 2ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995

RIBEIRO, João Antonio de Souza, *Continencia do contracto (Parecer acompanhado por A. J. Ribas e D. A. Figueira)*, in *Gazeta jurídica: Revista mensal de doutrina, jurisprudencia e legislação XVIII (1877)*, pp. 555-556.

RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

RODOVALHO, Thiago, *Obrigações do vendedor e do comprador e a conformidade da mercadoria - notas sobre o caso New Zeland mussels case*, in SCHWENZER, Ingeborg - PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães - TRIPODI, Leonardo (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, pp. 315-324.

RODRIGUES, Silvio, *Compra e venda de anel de brilhante. Gema que não apresenta os característicos referidos no contrato de compra e venda. Inadimplemento contratual. Negócio decorrente de dolo de um dos contratantes. Vício redibitório*, in *Direito civil aplicado*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1981, pp. 211-218.

_____, *Curso de Direito Civil - Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

_____, *Dos defeitos dos atos jurídicos, do erro, do dolo*, São Paulo, Max Limonad, 1959.

_____, *Responsabilidade do construtor de edifícios. O art. 1.245 do Código Civil. Origem e finalidade do preceito. Limites de sua incidência. Vício redibitório. Conceito e pressupostos. Prescrição da ação redibitória e quanti minoris. Prescrição. Prazos. Interrupção. Necessidade de recurso à forma prescrita em lei*, in *Direito civil aplicado*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1981, pp. 281-296.

RODRIGUES FILHO, Eulâmpio, *Compra e venda ajustada ad mensuram e ad corpus* in *Revista Jurídica* 190 (1993), pp. 31-38.

_____, *Compra e venda de imóveis e ação ex empto*, 4ª ed., Franca, Lemos & Cruz, 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, *A Compra e venda mercantil*, in CARVALHOSA, Modesto (org.). *Tratado de Direito Empresarial*, v. IV, São Paulo, Revista do Tribunais, 2016, pp. 79-128.

_____, *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*, in *Revista dos Tribunais* 938 (2013), pp. 79-155.

_____, *Revisão judicial dos contratos - Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

RODRIGUEZ, Carlos Juan Zavala, *Código de Comercio y leys complementarias, comentados y concordados*, v. 1, Buenos Aires, Depalma, 1971.

ROPPO, Enzo, *Il contratto* (1977), *O Contrato*, trad. port. de A. Coimbra e M. J. C. Gomes, Coimbra, Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo, *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2011.

ROSENVALD, Nelson, *Comentários aos arts. 439 a 441*, in PELUSO, César (coord.), *Código Civil comentado: Doutrina e jurisprudência*, 2ª ed., Barueri, Manole, 2008, pp. 430-437.

_____, *O princípio da boa-fé*, in *Ciência jurídica* 114 (2003), pp. 261-273.

ROSS, Alf, *Directives and norms*, New York, Humanities, 1968.

ROTH, Martha T., *Law collections from Mesopotamia and Asia minor*, 2ª ed., Atlanta, Scholars, 1997.

ROUHETTE, Georges, *Les codifications du droit des contrats*, in FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - MAZEAUD, Denis (orgs.), *Pensée juridique française et*

harmonisation europeenne du droit, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 127-136.

ROWAN, Solène, *Remedies for breach of contract - A comparative analyses of the protection of performance*, New York, Oxford University, 2012.

SALEILLES, Raymond, *De la declaration de volonte*, Paris, Cotillon, 1901.

_____, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1914.

SALGADO, Luiz Guilherme Georgi, *Por uma análise crítica da responsabilidade por vício da coisa nos contratos de compra e venda*, in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* 163 (2012), pp. 177-206.

SANTOS, Milton Evaristo dos, *Erro substancial e vicio redibitorio (estudos de doutrina e jurisprudência)*, in *Revista Forense* 142 (1952), pp. 517-522.

SANTOS JUSTO, Antonio dos, *Direito privado romano II (direito das obrigações)*, 3^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

SCHERMAIER, Martin Josef, *Bona fides in roman contract law*, in ZIMMERMANN, Reinhard - WHITTAKER, Simon (orgs.), *Good faith in european contract law*, Lexington, Cambridge University, 2013, pp. 63-92.

SCHLOSSMANN, Siegmund, *Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge*, Breslau, [s.e.], 1868.

SCHMIDT, Jan Peter, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

SCHÖLLER, Wilhelm, *Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miethe und Dienstvertrag nach dem B.G.B.*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* 46 (1902), pp. 1-42, 253-290.

- SCHREIBER, Anderson, *Implicações práticas da boa-fé objetiva*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - TARTUCE, Flávio, *Direito contratual - Temas atuais*, São Paulo, Método, 2008, pp. 113-123.
- SCHWENZER, Ingeborg, *Uniform sales law - Brazil joining the CISG Family*, in SCHWENZER, Ingeborg - PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães - TRIPODI, Leonardo (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, pp. 21-37.
- SCIASCIA, Gaetano, *Direito romano e direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1947.
- SEABRA FILHO, José Rodrigues, *Noites áticas*, Londrina, EDUEL, 2010.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de direito civil - Dos contratos em geral*, v. III, p. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954.
- _____, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959.
- _____, *O anteprojeto de código das obrigações*, in SOUZA, Sylvio Campanema de (coord.), *Revista forense comemorativa 100 anos*, t. III - direito civil, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 149-176.
- _____, *O silêncio como a manifestação da vontade*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960.
- SESSLER, Anke, *Die Lehre von den Leistungsstörungen Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1994.
- SIDOU, José Maria Othon, *Proteção ao consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

- SILVA, Gustavo Passarelli da, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), pp. 267-291.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da, *O inadimplemento contratual na visão de Ruy Rosado: Juiz e doutrinador*, in MELGARÉ, Plínio (org.), *O direito das obrigações na contemporaneidade: Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*, Porto Alegre, 2014, pp. 303-313.
- SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da, *Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- SIMÃO, José Fernando, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003.
- _____, *Vícios do produto - questões controvertidas*, in MORATO, Antonio Carlos - NERI, Paulo de Tarso, *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, São Paulo, Atlas, 2010, pp. 395-413.
- SMITH, Adam, *An inquiry into the nature and causes of wealth of nations* (1950), *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, trad. port. de T. Cardoso, v. I, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- SOARES, Antonio Joaquim de Macedo, *Tractado jurídico-practico da medição e demarcação das terras tanto particulares como publicas para uso dos juizes, advogados, escrivães, pilotos e mais pessoal dos juizos divisorios*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887.
- SOARES, Pedro Silveira Campos, *A concessão de prazo suplementar pelo comprador para cumprimento de obrigações do vendedor na perspectiva da CISG*, in SCHWENZER, Ingeborg - PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães -

TRIPODI, Leonardo (coords.), *A CISG e o Brasil*, São Paulo, Marcel Pons, 2015, pp. 326-342.

SOLER, Antonio Maria Borrell, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Barcelona, Bosch, 1954.

SOMBRA, Maria Valdileny, *As vendas de imóvel ad mensuram e ad corpus, em face do princípio da especialidade registral* in *Revista de jurisprudência do tribunal de justiça do estado do Ceará* 6 (2002), pp. 11-24.

SOMBRA, Thiago Luís Santos, *Adimplemento contratual e cooperação do credor*, São Paulo, Saraiva, 2011.

SOUSA, Manoel de Almeida e, *Dissertação VII - Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos - Exposições especial da Ord., L. 4, T. 8, §§ 5 e 6 e de outras mais*, in *Fascículo de dissertações jurídico-práticas*, t. I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1866, pp. 326-365.

_____, *Tractato pratico das avaliações e dos danos*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1826.

_____, *Tratado pratico compendiario de todas as acções summarias, sua indole, e natureza em geral e em especial: das summarias, summarissimas, preparatorias, provisionaes, incidentes, preceitos comminatorios, etc e requisitos respectivos e excepções dos réus em cada uma das ditas acções e preceitos e pratica d'estes contra os erros vulgares com um appendice de dissertações*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1886.

SOUZA, Herculano Marques Inglez de, *Projecto de Codigo Commercial*, v. I, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1912.

_____, *Projecto de Codigo Commercial*, v. II, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1912.

_____, *Projecto de Codigo Commercial*, v. III, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1912.

STEINER, Renata Carlos, *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*, São Paulo, Quartier Latin, 2014.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, A. Giuffrè, 1990.

_____, *La bona fides nei giuristi romani*, in GAROFALO, Luigi (org.), *Il ruolo della buona fide oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea - Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, v. IV, Milano, Cedam, 2003.

TALLON, Denis, *Vers un droit européen du contract?*, in FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte - MAZEAUD, Denis (orgs.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 139-148.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Legislação do Brasil, Aditamentos ao Código do Commercio*, v. I, Rio de Janeiro, Perseverança, 1878.

_____, *Código Civil Esbôço*, v. 3, [s.l.], Ministério da Justiça, 1952.

_____, *Consolidação das leis civis*, v. 1, 3ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1896.

_____, *Promptuário das leis civis*, Rio de Janeiro, Instituto Typographico, 1876.

_____, *Vocabulário jurídico com appendices. I - Logar, e Tempo. II - Pessoas. III - Cousas. IV - Factos*, Rio de Janeiro, Garnier, 1883.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 6ª ed., Coimbra, Coimbra, 1989.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes - SCHREIBER, Anderson, *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*, in TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005. pp. 29-44.

TISSOT, P. A. - DAUBANTON, A. G., *Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine ou collection des fragments qui nous restent du droit romain, antérieur a Justinien ou, Collection des fragmens qui nous restent du droit romain, antérieur à Justinien; contenant: 1. Les fragmens de la loi des douze tables, 2. Les fragmens de Gaius, traduits en français par P.A. Tissot. Suivis, 3. Des codes Grégorien et Hermogénien, 4. Des fragmens d'Ulpian, 5. Des sentences de Paul, aussi traduits en Français par A.G. Daubanton*, Metz, Chez Lamort, 1811.

TOLEDO, Antonio Campos, *Da compra e venda de cousas immoveis "ad corpus" e "ad mensuram"*, in *Gazeta juridica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVI* (1898), pp. 98-14, 187-194.

_____, *Da compra e venda de cousas immoveis "ad corpus" e "ad mensuram" - allegações sobre embargos na appellação nº 1.359 de Tietê*, in *Gazeta juridica: Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de São Paulo XVII* (1898), pp. 242-276.

TREVIZAM, Matheus, *Das coisas do campo*, Campinas, Unicamp, 2012.

VALE, Antônio Henrique Pereira do, *Dos vícios redibitórios* in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 8 (1979), pp. 83-86.

VAMPRÉ, Spencer, *Institutas do imperador Justiniano traduzidas e comparadas com o direito civil brasileiro*, São Paulo, Magalhães, 1915.

_____, *Interpretação do Código Civil*, São Paulo, Livraria e Oficinas Magalhães, 1919.

_____, *Manual de direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia, s/d.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, 10^a ed., Coimbra, Almedina, 2000.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda, *Obrigações decorrentes da compra e venda consensual romana* in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 45 (1988), pp. 52-68.

_____, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002.

VENEZIANO, Anna, *A common European law on sales?*, in VAQUER, Antoni (org.), *European private law beyond the common frame of reference essays in honour of Reinhard Zimmermann*, Groningen, Europa Law Publishing, 2008, pp. 43-53.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 2, 14^a ed., São Paulo, Atlas, 2014.

_____, *Evicção e vícios redibitórios no direito romano*, in *Revista da faculdade de direito das FMU de São Paulo* 4 (1990), pp. 127-143.

VENZI, Giulio, *Manuale del diritto civile italiano*, Firenze, Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1922.

VIEIRA, Domingos, *Grande dicionário português ou thesouro da língua portuguesa*, Porto, Ernesto Chardron e Bartholomeu H. de Moraes, v. II, 1872.

_____, *Grande dictionario portuguez ou thesouro da lingua portugueza*, Porto, Ernesto Chardron e Bartholomeu H. de Moraes, v. V, 1874.

VIGNALI, Giovanni, *Corpo del diritto corredato delle note di Dionisio Gotofredo, e di C. E. Freiesleben altrimenti Ferromontano, con le varianti delle leggi e con la conciliazione delle stesse fra loro, preceduto della cronologia delle leggi di Roma, compilata sulle migliori opere finora pubblicate coll'aggiunzione delle Istituzioni di Cajo, dei frammenti di tutte le leggi relative al diritto romano, sia che sieno mentovate nel corpo del diritto sia che siano raccolte in altre opere, dei frammenti di Ulpiano, di Paolo e de frammenti così detti Vaticani, corredato in ultimo di sei indice e cronologici ed alfabetici*, v. IV, Napoli, Achille Morelli, 1857.

VILLELA, João Baptista (resp.), *Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2004*, versão em língua portuguesa, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2009.

VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Buenos Aires, Ghersi, 1980.

VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1967.

VON TUHR, Andreas, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Derecho civil - Teoria general del derecho civil aleman*, trad. esp. de T. Ravà, v. II, p. 2, Buenos Aires, Depalma, 1947.

WALD, Arnoldo, *Direito civil - Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, 22^a ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

WALTON, Frederick Parker, *The egyptian law of obligations - A comparative study with special reference to the french and the english law*, v. II, London, Stevens and sons, 1920.

WETTER, Polynice Alfred Henri Van, *Cours élémentaire de droit romain, contenant la législation de Justinien, avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain*, v. I, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1871.

_____, *Cours élémentaire de droit romain, contenant la législation de Justinien, avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain*, v. II, 3^a ed., Paris, A. Marescq Aîné, 1893.

_____, *Cours élémentaire de droit romain, contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*, v. I, 3^a ed., Paris, A. Marescq Aîné, 1893.

WHITTAKER, Simon, *The development of product liability*, Cambridge, Cambridge University, 2010.

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung (1967)*, *História do direito privado moderno*, trad. port. de A. M. B. Hespanha, 4^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WILLETTS, Ronald Frederick, *The law code of Gortyn*, Berlin, Walter de Gruyter, 1967.

WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1850.

_____, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 78 (1892), pp. 161-202.

_____, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Diritto delle pandette*, trad. ital. de C. Fadda e P. E. Bensa, v. I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930.

_____, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, Buddeus, 1847.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus* (1922) - *Philosophical investigations* (2001), *Tratado lógico-filosófico e Investigações filosóficas*, trad. port. de M. S. Lourenço, 5ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2011.

WITZ, Claude - RANIERI, Filippo (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations - Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, Paris, Société de Législation Comparée, 2004.

YOVEL, Jonathan, *The seller's right to cure a failure to perform: An analytic comparison of the respective provisions of the CISG and the PECL*, in *Nordic Journal of Commercial Law* (2005), pp. 1-19.

ZACCHIAE, Lanfranci, *De salario sev operariorum mercede tractatus in tres partes distinctus, in quo quaestiones omnes tam ad theoreticam, quam ad praxim pertinentes proponuntur, pertractantur, resoluuntur. Opus iurisperitis omnibus tam in foris, quam in scholis versantibus utile, & necessarium, cum duplici indice*, Romæ, Nicolai Tinassi, 1659.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa und das römische Rechts* (2001), *Europa y el derecho romano*, trad. esp. de C. Ugarte, Madrid, Marcial Pons, 2009.

_____, *Roman law, contemporary law, european law: The civilian tradition today*, New York, Oxford University, 2001.

_____, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, New York, Oxford University, 2006.

_____, *The new german law of obligations, historical and comparative perspectives*, New York, Oxford University, 2010.

SÍTIOS INFORMATIZADOS CONSULTADOS

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ - acesso aos 21.11.2014

<http://www.legifrance.gouv.fr/> - acesso aos 21.11.2014.

<http://www.russian-civil-code.com> - acesso aos 21.11.2014.

- ÍNDICE DE FONTES JURÍDICAS⁶⁶⁵

CÓDIGO DE GORTINA

Col. VII, 9..... 7

LEIS DE HAMMURABI

229.....	8, 9	235.....	8, 9
232.....	8, 9	278.....	8
233.....	8, 9		

SENTENÇAS DE PAULO

P, 2, 19, 1	11	P, S, 2, 17, 4.....	11
-------------------	----	---------------------	----

DIGESTO

D, 1, 19, 4, pr.....	15	D, 21, 1, 17, 14.....	30
D, 13, 6, 18, 3.....	57	D, 21, 1, 17, 20.....	17
D, 18, 1, 15, 1.....	31	D, 21, 1, 19, 5.....	57
D, 19, 1, 11, 3.....	28	D, 21, 1, 19, 6.....	82
D, 19, 1, 13, 14.....	47	D, 21, 1, 2.....	30
D, 19, 1, 13, pr.....	18	D, 21, 1, 20.....	82
D, 19, 1, 6.....	15, 47	D, 21, 1, 21, pr.....	20
D, 19, 1, 6, 4.....	15	D, 21, 1, 23, 1.....	176
D, 19.1.....	26	D, 21, 1, 23, 3.....	30
D, 2, 14, 48.....	14	D, 21, 1, 3.....	30
D, 21, 1, 0.....	25	D, 21, 1, 31, 19.....	176
D, 21, 1, 1, 1.....	81	D, 21, 1, 4.....	24, 28, 29, 30
D, 21, 1, 1, 10.....	23, 29	D, 21, 1, 4, 1.....	29
D, 21, 1, 1, 2.....	105	D, 21, 1, 4, 3.....	24, 30
D, 21, 1, 1, 6.....	31	D, 21, 1, 4, 6.....	28, 29
D, 21, 1, 1, 7.....	37	D, 21, 1, 4, pr.....	30
D, 21, 1, 1, 8.....	27	D, 21, 1, 49.....	29
D, 21, 1, 1, 9.....	30	D, 21, 1, 54.....	31, 81
D, 21, 1, 1, pr.....	28	D, 21, 1, 61.....	29
D, 21, 1, 10, 3.....	29	D, 21, 2, 31.....	18
D, 21, 1, 14, 10.....	31, 76, 106	D, 50, 17, 142.....	74

CÓDIGO

C, 4, 58, 3..... 76

CÓDIGO CIVIL

art. 1.005	59	art. 104	87
art. 1.321	61	art. 106	100

⁶⁶⁵ Os números referem-se às páginas. O índice de fontes jurídicas foi elaborado segundo o seguinte critério: primeiro foram apresentadas as normas mais antigas citadas, que reportam ao início do texto, em ordem de aparição no texto. Em seguida, passou-se à indicação das normas em vigor no País, na ordem de importância para a pesquisa. Ato contínuo, indicou-se as normas que tiveram vigência no Brasil e foram revogadas, na ordem de sua promulgação. Depois, indicou-se os projetos de lei que foram indicados no texto, em ordem cronológica, e as normas de direito internacional que não têm força coercitiva, estas antecedidas pela LINDB, que regula a sua eventual aplicação. Em último lugar, indicou-se as normas estrangeiras, igualmente em ordem cronológica de promulgação.

art. 110	100
art. 111	71
art. 119, inc. I.....	95
art. 138	96
art. 139, I	96
art. 139, III	96
art. 147	79
art. 170	100
art. 172	99, 100
art. 174	99
art. 186	81, 92
art. 187	75, 92, 171, 181
art. 190	192
art. 2.017	61
art. 2.039	58
art. 205	180
art. 207	171, 176
art. 234	126
art. 235	76
art. 238	76
art. 248	76
art. 249	182
art. 250	76, 92
art. 251	92
art. 313	85
art. 314	42
art. 357	60
art. 401, inc. II.....	76
art. 408	78
art. 422	92

art. 441 .. 32, 38, 55, 59, 62, 76, 80, 198, 202	
art. 442	81, 173, 175
art. 443	79, 81
art. 444	78, 203
art. 445	43, 171, 200
art. 445, §1º	171, 200
art. 445, §2º	171, 200
art. 446	171, 200
art. 447	64
art. 448	78
art. 476	85
art. 500	39, 43, 184
art. 500, §1º	185
art. 533	62
art. 552	59
art. 553	55
art. 566, inc. I.....	74, 182
art. 568	60, 74, 182
art. 569, IV	73
art. 614	73
art. 614, §1º	73
art. 614, §2º	73
art. 618	180
art. 618, parágrafo único	73, 181
art. 927	81, 92
art. 944	81
art. 947	196, 197
art. 997	59
art. 997, inc. III.....	59

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

art. 12	92, 111
art. 18	42, 111
art. 18, §1º	172
art. 18, §1º, II	172
art. 18, §1º, III	176
art. 18, §2º	177
art. 18, §3º	75
art. 18, §4º	184
art. 18, §4º	183
art. 19	183
art. 19, §1º	184
art. 19, §2º	184
art. 19, I	176
art. 19, IV	172

art. 20	177
art. 20, II	172
art. 20, III	176
art. 26	110, 176
art. 26, §2º	176
art. 26, §3º	110, 112
art. 26, II	176
art. 26, inc. I.....	176
art. 38	117
art. 4º	70
art. 6º, III	70
art. 6º, VIII.....	117, 170
art. 7º	121

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

art. 373, §1º	170
art. 373, inc. I.....	169
art. 497	189, 190
art. 497, parágrafo único	190

art. 498	189, 190
art. 499	189, 190
art. 966	62

CISG

art. 1(1).....	119, 120
art. 1(3).....	119
art. 2	119
art. 2(a).....	121

art. 3(2).....	119
art. 11	120
art. 25	130
art. 28	128

art. 29	120
art. 30	130
art. 34	130
art. 35	121, 123, 127, 130
art. 35(1)	121, 122
art. 35(2)	122
art. 36	125
art. 36(1)	125
art. 36(2)	126
art. 37	130, 133
art. 38	126, 127, 128
art. 39	127, 128
art. 40	128
art. 45(3)	124
art. 46	123
art. 46(1)	128, 130
art. 46(2)	128, 130

art. 46(3)	128, 131
art. 47	128
art. 48	128, 133
art. 48(1)	131
art. 48(2)	132, 134
art. 48(3)	132
art. 48(4)	132
art. 49	129, 132, 134
art. 49(1)(a)	130
art. 50	123, 128, 133
art. 51	128
art. 51(2)	133
art. 52(1)	123
art. 63	128
art. 90	120
art. 94	120
art. 95	125

LEI DE LOCAÇÕES

art. 22, I	182
art. 22, II	74

art. 22, III	182
art. 22, IV	60, 74

CÓDIGO COMERCIAL

art. 210	48, 50
art. 211	48

art. 212	50
art. 217	50

CÓDIGO CIVIL - 1916

art. 1.101	55, 76
art. 1.102	78
art. 1.106	64
art. 1.136	41

art. 1.245	180
art. 285	58, 59
art. 3.581	186

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - 1973

art. 461	189
art. 461, §1º	189

art. 461, §5º	189
art. 461-A	189

ESBOÇO - A. TEIXEIRA DE FREITAS

art. 2.597	187
art. 3.581, §1º	186
art. 3.581, §2º	186
art. 3.582	172, 186
art. 3.583	186
art. 3.584	172, 186
art. 3.585	186
art. 3.587	186
art. 3.588	186
art. 3.589	186
art. 3.590, §1º	186
art. 3.590, §2º	186
art. 3.591	186

art. 3.592	186
art. 3.593	186
art. 3.594	186
art. 3.595	187
art. 3.596	187
art. 3.609	187
art. 3.610	187
art. 3.611	188
art. 3.612	188
art. 3.612, 1º	188
art. 3.612, 2º	188
art. 3.614	188

PROJETO - J. FELICIO DOS SANTOS

art. 1.923	66
------------------	----

PROJETO - A. COELHO RODRIGUES

art. 634 174

PROJETO - H. M. INGLEZ DE SOUZA

art. 730 185

art. 734 52

PROJETO - F. U. COELHO

art. 336 204

art. 336, §1º 204

LINDB

art. 7º 137

art. 9º 137, 138

art. 9º, §1º 137

UNIDROIT

art. 1.3 138

art. 1.4 138

art. 1.5 137

art. 1.7 138, 144

art. 1.8 138

art. 1.10 140, 143

art. 1.10(2) 140

art. 4.1 139

art. 4.3(d) 139

art. 5.1.2(a) 139

art. 5.1.4 139

art. 5.1.6 139

art. 7.1.1 139, 140

art. 7.1.3 140

art. 7.1.4 140, 143, 144

art. 7.1.4(2) 143

art. 7.1.4(3) 144

art. 7.1.4(4) 140, 144

PECL

art. 1:101(1) 147

art. 1:101(2) 147

art. 1:101(3) 147

art. 1:101(4) 147

art. 1:102 147

art. 1:103 148

art. 1:106 148

art. 6:101 149

art. 6:108 148

art. 8:101 149

art. 8:101(1) 150

art. 8:101(2) 150

art. 8:102 151

art. 8:103 154

art. 8:103(3) 154

art. 8:104 150, 153

art. 8:105 150

art. 638 64

art. 738 64

art. 336, §2º 205

art. 9º, §2º 137

art. 17 137

art. 7.1.4(5) 144

art. 7.1.5 139, 140

art. 7.1.5(2) 140, 141

art. 7.1.5(3) 141

art. 7.1.5(4) 141

art. 7.1.6 145

art. 7.2.1 141

art. 7.2.2 141, 142, 143

art. 7.2.3 140, 142

art. 7.2.4 142

art. 7.3.1 144

art. 7.3.1(1) 144

art. 7.3.1(2) 145

art. 7.3.1(3) 145

art. 7.3.2 145

art. 7.3.6 145

art. 7.4.8 144

art. 8:106(1) 151

art. 8:106(2) 151

art. 8:106(3) 152, 154

art. 8:108 150

art. 9:102(1) 152, 153

art. 9:102(2) 152

art. 9:102(3) 152

art. 9:103 152

art. 9:301 154

art. 9:303(1) 155

art. 9:303(2) 155

art. 9:303(3) 155

art. 9:305 156

art. 9:401 154

art. 9:401(2) 154

art. 9:401(3) 154

DCFR

art. III-1:101	158	art. III-3:204(2).....	163
art. III-1:102	158	art. III-3:204(3).....	163
art. III-1:102(1).....	158	art. III-3:205(1).....	164
art. III-1:102(2).....	158	art. III-3:205(2).....	164
art. III-1:102(3).....	158	art. III-3:302(1).....	161
art. III-1:102(4).....	158	art. III-3:302(2).....	161
art. III-1:103	159	art. III-3:302(3).....	162
art. III-1:104	160	art. III-3:302(4).....	162
art. III-3:101	160	art. III-3:303	162
art. III-3:101(1).....	160	art. III-3:401	167
art. III-3:101(2).....	160	art. III-3:401(1).....	167
art. III-3:101(3).....	160	art. III-3:401(2).....	167
art. III-3:102	160	art. III-3:401(3).....	167
art. III-3:103(1).....	161	art. III-3:401(4).....	167
art. III-3:103(2).....	161	art. III-3:501(2).....	165
art. III-3:103(3).....	161	art. III-3:502(1).....	165
art. III-3:105	160	art. III-3:503	166
art. III-3:201	159	art. III-3:507	166
art. III-3:202	162	art. III-3:601(1).....	164
art. III-3:202(1).....	162	art. III-3:601(2).....	164
art. III-3:202(2).....	162	art. III-3:601(3).....	165
art. III-3:203	163	art. III-3:601(4).....	165
art. III-3:204(1).....	163		

CODE CIVIL

art. 1110	94	art. 1648	95
art. 1616	39	art. 1649	65
art. 1641	94		

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS - 1867

art. 702	122	art. 1.582º	94
----------------	-----	-------------------	----

BGB

§323.....	140, 193	§439(3)	195
§323(1)	193	§468.....	42, 45, 46
§324.....	195	§742.....	105
§439.....	195		

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

art. 406º	122	art. 921(2).....	196
art. 913º	94, 196	art. 921 (3).....	196
art. 913º(1).....	39		
art. 914º	196		
art. 921º(1).....	196		

- ÍNDICE ONOMÁSTICO

Aguiar Júnior	32, 92, 122	Coelho da Rocha.....	33, 36, 84, 91, 180
Alburquerque	14	Coêlho Rodrigues.....	64, 174
Almeida Costa	32, 122, 196	Colin	33, 65
Almeida, C. M.	47	Correa Telles.....	37, 46, 187
Alves	55, 57, 58	Corrêa-Lima	33, 55
Alvim, Agostinho.....	32	Correia, A.	31
Alvim, Arruda.....	117, 176	Correia, D. B.....	19
Alvim, E. A.	117, 176	Costa, E.....	12, 13, 20
Alvim, T	117, 176	Couto e Silva	10, 14
Amaral Júnior	49, 110	Cruz.....	83, 84, 86, 87, 88, 89, 91, 94, 104
Apuleios.....	1, 23	Cunha Gonçalves.....	36, 72, 83, 104, 125
Arangio-Ruiz.....	12, 13, 16, 18, 25, 27, 28, 35, 78	Cunha, L. C. L.	92
Aristóteles.....	7	Danz	91
Aulete	35	Daubanton	1
Azara	105	Diniz.....	33, 55, 84, 91, 137, 138
Azevedo, A. J.	96	Dip	61
Azevedo, A. V.....	33, 64	Domat.....	82
Azevedo, F. F. S.....	35	Donadio	25, 77
Baptista Pereira.....	43	D'Órs	11, 16, 18, 24, 27, 29, 114
Baptista, F. P.....	36	Driver	8, 9
Baptista, L. O.....	138	Egas	51
Barroso.....	33, 89	Eizirik.....	204
Baudry-Lacantinerie.....	33, 38, 39, 53, 54, 68, 70, 71, 72, 91, 171	Endemann	89, 90
Beale	146, 150, 152	Eula	105
Benjamin	114, 115, 116, 176	Fachin.....	121, 204, 205
Bento de Faria	49, 51	Faria, J. A. E.....	135
Bercovitz.....	87, 97, 98	Fauvarque-Cosson.....	157
Bernon.....	13, 14, 19, 25, 28, 54, 58	Felício dos Santos.....	66
Bessa	114, 116, 176	Felizola	71
Bevilaqua.....	33, 40, 42, 45, 55, 56, 58, 180	Ferraz Júnior	6
Böttcher	18	Ferreira, J. D.	94, 122
Branco	206	Ferreira, W. M.	33, 48, 50, 51, 170
Brinz	88	Ferrini	71
Bruno	171	Filomeno.....	110, 111, 176
Bücheler	8	Finley	9
Bulgarelli.....	33, 48, 49, 51, 53	Flaco.....	22, 24
Busch.....	45	Flume	38, 40, 84, 97
C. M. Bianca	95	França	204, 206
Campos	31, 191	Fubini.....	8, 13, 25, 59, 60, 80, 86, 87, 88, 89, 90, 101, 104, 106
Canaris	42	Fujita.....	33, 89
Cano	87, 97, 98	Furtado	93
Capitant	32, 33, 65	Gaburri.....	66, 109, 183
Carletti	8	García del Corral	2, 26, 101
Carvalho de Mendonça, J. X. .	27, 33, 48, 49, 50, 51, 53, 60, 69, 70, 74, 85, 91, 192, 206	Garofalo.....	14
Carvalho de Mendonça, M. I. .	33, 53, 55, 60, 62, 174	Gélio	23, 34
Carvalho Santos	104	Ghestin	95
Carvalho, E. V. M.	180	Giorgi.....	85
Casseb	86	Girard.....	14
Cavaliéri Filho.....	110, 111, 112, 113, 120	Girino	105
Celso	43	Glück	27, 30, 74, 76, 170
Celso Júnior.....	43	Godoy.....	49, 109, 114, 116
Chavannes	8	Gomes, O.	44, 53, 55, 60, 61, 62, 65, 70, 84, 103, 174
Chironi	97	Gomes, T. S.	60, 62, 173
Cianchi.....	171	Grasserie.....	46, 105
Cícero.....	12, 13, 22, 26	Greco.....	33
Coelho	49, 203, 204, 205	Gross	84, 95, 102
		Guerra	173

Haymann	37
Henriot	19, 24
Hipérides	7
Hironaka	66, 109, 183
Holanda	10
Hondius	156
Hulot	1
Impallomeni	19, 21
Inglez de Souza	52, 64, 184
Jacomino	61
Jayme	129
Jhering	100, 101
Jörs	11, 16, 24, 78, 114
Kohler	8, 9
Kunkel	11, 16, 24, 78, 114
Kuyven	119, 123, 124, 128, 131
Lago	44, 45, 184
Lando	146, 150, 152
Larenz.. ..	33, 37, 40, 70, 72, 85, 104, 105, 107
Laurent	82, 96
Leães	115
Leitão	51
Leme, L. M.	46
Leme, L. P.	60, 62, 173
Lenel	105, 106
Lequette	157
Lessa	41, 44, 184
Lima 7, 25, 33, 39, 60, 67, 72, 82, 83, 84, 89, 101, 102, 104, 106, 170, 203	
Limongi França	117
Liu	129
Lôbo	49, 117, 180, 191, 192
Locke	6
Loevinger	5
Longo	11
Loreto	56
Lotufo	49, 109, 114, 116
Machado	94, 97, 99
Mafra	43
Maluf 33, 36, 40, 55, 62, 65, 82, 84, 90, 95, 97	
Marins	117, 176
Marques	111, 114, 115, 116, 176
Marrone	27, 179
Martinez 37, 71, 86, 92, 93, 94, 113, 125, 178	
Martins	33, 55
Martins, F. R.	49, 109, 114, 116
Martins-Costa	118, 122
Martorano	33, 96, 104, 106, 107
Mattietto	173
Maximiliano	36, 100, 180
Mazeaud	157
McKendrick	136
Meira	12
Menezes Cordeiro	85, 93, 104, 105
Mengoni	83, 84, 92
Miles	8, 9
Mimoso	58
Miranda Júnior	26
Miranda, S. J. B.	138
Monier. 10, 12, 13, 14, 18, 19, 22, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 78, 114	
Monteiro 33, 36, 40, 55, 62, 65, 81, 84, 90, 95, 97, 115	
Montessori	50, 102
Morais	60, 62, 173
Morato	49, 110, 111, 176
Moreira Alves	9, 24, 26, 27, 30, 114, 179
Moreno	83
Morin	157
Moura	109
Nana	75
Nasser	203, 205
Navarrini	33
Neri	49, 110, 111, 176
Nery	33, 109, 112
Nery Júnior	33, 109, 112
Neus	129
Niederländer	113
Nordmeier	93
Nunes, L. A. R.	111
Nunes, L. N. B. T.	35
Nunes, M. G.	4, 203, 204, 205
Oertmann	104, 106
Oliveira, N. M. P.	93, 194
Oliveira, V. M.	86
Ortu	19, 25
P. J. S. Guimarães 40, 42, 45, 72, 75, 82, 83, 89, 93, 98, 99, 101, 102	
Pacifici-Mazzoni	68, 83
Pacione	179, 180
Page	33, 65
Peiser	8, 9
Peluso	171
Perdigão	46
Pereira e Sousa	206
Pereira, C. A. G. 118, 119, 121, 122, 129, 130	
Pereira, C. M. S.	81, 180, 181
Pereira, L. R.	41, 43
Pereira, R. M. T.	20, 21
Pereira, T. S.	136, 156
Perez	53
Persico	85
Pessoa	56, 57, 58
Pignatta	119, 123, 124, 128, 131
Pinker	7
Planiol	33, 125
Platão	7
Plauto	1, 19, 20, 21, 217
Polido	118, 127, 137, 206
Pontes de Miranda ... 6, 7, 15, 16, 24, 27, 31, 32, 33, 37, 39, 43, 68, 77, 84, 85, 98, 170, 175, 192	
Portalis	72, 103
Pothier	82, 83, 88, 91, 95, 125
Pringsheim	8, 9, 31, 77, 113, 125
Pujol	51
Queiroz	8, 25, 33, 109, 112
Regelsberger	86
Ribeiro, D.	10
Ripert	33, 125
Rizzardo	33
Rodvalho	122

Rodrigues Júnior	37, 104, 105, 206	Villela	135, 136, 137, 140, 144
Rodrigues, S.....	36, 53, 55, 86, 96, 104, 115	Vogenauer	136, 157
Rodriguez	26	Volterra	21, 30, 31, 77
Rosenvald.....	171	Wahl	113
Ross	49, 107, 177	Wald	1, 84, 118, 128, 137, 206
Roth.....	8, 178	Weatherill	136, 157
Rouhette	157	Wieacker	105
Ruzyk.....	204, 205	Willets	7, 8
Sá Vianna.....	9	Windscheid.....	103, 104, 105, 115
Saignat 33, 38, 39, 53, 54, 68, 70, 71, 72, 91, 171		Wittgenstein.....	122
Sainz y Roza.....	171	Witz	193
Saleilles	89, 91, 174, 175	Zacchiaie.....	179
Santos Justo.....	29, 31	Zanetti.....	204
Santos, M. E.	104	Zimmermann ...	12, 14, 15, 31, 132, 194, 197
Schlossmann.....	32	Zitelmann.....	8
Schmidt	5		
Schöller.....	86		
Schwenzer.....	118, 119, 121, 122, 129, 130		
Sciascia	31		
Seabra Filho	23, 34		
Serick	113		
Serpa Lopes	71, 102, 104, 191		
Sessler.....	85		
Sidou	109, 111		
Silva, G. P.....	6, 63, 65, 76, 78		
Silva, J. C. F.	92		
Silva, R. T. 33, 36, 40, 55, 62, 65, 82, 84, 90, 95, 97			
Simão ... 24, 25, 27, 33, 36, 55, 64, 109, 110, 111, 113, 114, 176			
Smith	6		
Soares, A. J. M.....	41, 43		
Soares, P. S. C.....	129, 130		
Sousa	40, 71, 178, 180		
Staub	92		
Steiner	93		
Stoll.....	85		
Talamanca.....	14, 27, 28		
Tallon.....	157		
Tartuce	66, 109, 183		
Tavares de Lyra.....	56		
Teixeira de Freitas 3, 9, 46, 48, 58, 116, 172, 186, 187, 188, 206			
Tepedino.....	173		
Tissot.....	1		
Toledo.....	44, 45, 46		
Trecenti	4		
Trevizam.....	17		
Tripodi.....	118, 119, 121, 122, 129, 130		
Vale	64		
Vampré.....	191		
Van Wetter	41, 46		
Varrão.....	17, 18		
Velasco11, 12, 13, 14, 16, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 35, 72, 77, 101			
Venosa	30, 32, 53, 55, 75, 84		
Venzi.....	68, 83		
Vicente Candido	2, 49, 203		
Vieira	35		
Vignali.....	2		