

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

Curso de **DIREITO** **CIVIL**

14^a

Edição

REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

Contratos

4

2024



EDITORA
Jus **PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

Parte I

DOS CONTRATOS EM GERAL

CAPÍTULO I

Introdução à Teoria Geral dos Contratos

Sumário • 1. O direito civil constitucional: 1.1 O direito civil na feição liberal; 1.2 A humanização do direito civil; 1.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; 1.4 Perspectivas para o direito civil – 2. O contrato e a Constituição Federal: 2.1 A materialização dos contratos; 2.2 A liberdade contratual hoje: duas vertentes – 3. Contrato: evolução, conceito, local e tempo: 3.1 A evolução e o conceito do contrato; 3.2 Localização do contrato no direito civil; 3.3 O tempo do contrato.

*“Confiança – o senhor sabe – não se tira das coisas feitas
ou perfeitas; ela rodeia é o quente da pessoa.”*

**(João Guimarães Rosa,
Grande Sertão: Veredas)**

1. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

1.1 O direito civil na feição liberal

“O oposto do amor não é o ódio, mas a indiferença”. Através das palavras de Érico Veríssimo é possível captar o humor das influências recíprocas entre a Constituição e o direito privado.

Com o advento do Estado Liberal, a convivência foi marcada pela total indiferença.¹ A começar pela edificação quase simultânea de um constitucionalismo liberal e do Código Civil Francês de 1804, alastrou-se pela Europa e, posteriormente pelo Brasil, a epidemia da clivagem entre Estado e sociedade. A dicotomia público-privado² se insere em um contexto em que a Constituição era a ordem jurídica fundamental do Estado, enquanto o Código Civil traduzia a ordem jurídica fundamental da sociedade. Indivíduos formalmente iguais perante a lei buscavam a satisfação de seus interesses sem a interferência do poder público. O Estado era o inimigo a ser combatido, pois a classe social emergente desejava um espaço de autonomia para desenvolver suas atividades econômicas, infensas a controles externos.

Em seu perfil oitocentista, o direito civil possuía alicerces sólidos na proteção patrimonial. A propriedade e os contratos formavam os pilares de um regime dedicado à apropriação e à conservação de bens. Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares, refletindo a clivagem entre o público e o privado, diante de um Estado ausente, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava, em última instância, para preservar as regras do jogo.

Esse antagonismo afirmou uma primeira geração de direitos fundamentais em que o Estado se enquadrava como único sujeito passivo, os chamados direitos de defesa, com primazia ao indivíduo, os poderes constituídos seriam contidos e teriam a missão de respeitar o âmbito de autodeterminação dos particulares e proteger a propriedade. Trata-se de um ideal absenteísta, de preservação de direitos naturais e liberdades no seio da sociedade civil, convertendo-se súditos em cidadãos. A classe burguesa demandava a sua emancipação, respaldando-se na tradição jusnaturalista da prioridade do indivíduo sobre a comunidade.

A permanência estável do referido ambiente propiciou o desenvolvimento do comércio e a multiplicação de riquezas como nunca havia se experimentado na história

1. A *summa divisio* que fraciona o direito em dois ramos – público e privado – tem por marco histórico o *Corpus Iuris Civilis*. Contudo, Habermas situa tal bifurcação na Grécia. Nas cidades gregas, a esfera da *polis*, comum aos cidadãos livres, era rigorosamente separada do *oikos*, particular a cada indivíduo. Esse modelo ideológico de esfera pública helênica se manteve contínuo e na Idade Média foi difundido através do direito romano. Com o surgimento do Estado moderno, há a nítida separação da esfera pública burguesa da privada. E à medida que a esfera pública se amplia, adquirindo aparentemente cada vez mais importância, sua função passa a ser cada vez menor (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984).

2. Norberto Bobbio cunhou a expressão no artigo “A grande dicotomia: público/privado”. In: *Estado, governo e sociedade*. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. Para Bobbio, o primado da política (público) ou da economia (privado), justificaria a separação entre as duas tendências.

da humanidade.³ Para o que nos interessa, o Estado liberal moldou o direito civil patrimonial centrado em três protagonistas: proprietário – contratante – pai (marido), este último conduzindo a família como uma unidade produtiva e reprodutiva, de forma que o patrimônio amealhado em vida fosse transferido aos filhos oriundos do matrimônio.

Eis aí a “*era dos códigos*”, na qual a segurança jurídica figurava como valor precioso. Afinal, importava assegurar o *status quo*. Nas nações que seguiam a tradição romano-germânica, o Código Civil se afirmou como a própria constituição da sociedade. A codificação do século XIX e o nosso tardio Código Beviláqua⁴ exaltavam o monismo das fontes (para saber, o direito civil era sinônimo de código civil). O Estado monopolizava a produção das normas de direito privado, o formalismo jurídico prestigiava a rigidez da hermenêutica, desenvolvendo-se assim um sistema em que a legislação era impermeável às necessidades e urgências sociais. Os magistrados, propositalmente neutros, laboravam a base do silogismo da subsunção, tal como autômatos, reproduzindo na concretude de suas decisões o receituário legislativo. Na linha da exegese, sequer se exigiria conhecimento especializado, bastaria aos juízes a alfabetização.

Na miopia do direito como ciência pura, olvida-se o homem como ser humano real, capta-se apenas o indivíduo abstraído em suas relações econômicas. O direito civil era um território franqueado para poucos, pois emancipação e cidadania refletiam privilégios, na medida em que o ordenamento privado não recepcionava os diferentes.

Nas primeiras décadas do século XX, o Estado liberal demonstrou sinais de fadiga. É inegável o mérito de Adam Smith ao descrever a ordem espontânea do mercado e o processo civilizacional insito a “*mão invisível*” como motor do progresso.⁵ Contudo, era necessário um passo adiante na atualização do liberalismo clássico. A percepção de que o ordenamento jurídico deveria agir para atenuar desigualdades e libertar indivíduos de necessidades propiciou o surgimento do intervencionista Estado social, o *Welfare State*. Os direitos sociais de segunda geração já não mais correspondiam

-
3. Tercio Ferraz insere o Estado-Leviatã de Hobbes como “corpo artificial que encarna o social e será capaz de conformar o que é público e o que é privado. O privado se identifica com a ideia de riqueza, de propriedade. A proteção da sociedade econômica contra os excessos do Estado se dá pelos direitos individuais, que são os direitos do burguês. Distingue-se o direito público do privado como a oposição entre os interesses do Estado (administração, imposição de tributos e penas) e os interesses dos indivíduos (suas relações civis e comerciais cuja base é a propriedade da riqueza)” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003).
 4. Na prática brasileira a clivagem entre público e privado não aconteceu em razão do patrimonialismo que assaltava os poderes constituídos. José Julio Senna bem pondera que “inegavelmente, faltou aos portugueses a compreensão da natureza do processo de desenvolvimento. Quiseram viver sem trabalhar. A eles escapou a noção de que o desenvolvimento econômico é praticamente sinônimo de obtenção de ganhos permanentes de produtividade. Também não perceberam que o referido processo requer um quadro institucional adequado, capaz de incitar investimentos” (SENNA, José Júlio. *Os parceiros do rei*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995).
 5. Smith, Adam. *A Riqueza das nações*. Talvez, o mais importante das páginas desta esplêndida obra seja o elogio a uma sociedade onde o Estado é pequeno e funcional, pois deixa trabalhar os cidadãos e crescer a riqueza que beneficia o conjunto social.

a uma posição de abstenção por parte do Estado, mas à efetivação de prestações positivas pela via de concessão de direitos promocionais e condições materiais para o desfrute de liberdades.⁶

O Estado Social introduziu uma ampla gama de normas de ordem pública cujo objetivo era frear a autonomia da vontade em relações jurídicas marcadas pela assimetria. Os códigos perdem o papel monopolista, passando a concorrer com a legislação emergencial. Nada obstante o acréscimo da intervenção estatal na vida privada, as bases do direito civil se mantinham sólidas. Afinal, as normas constitucionais mantinham o seu conteúdo meramente programático, como cartas de intenção. Apesar de os direitos fundamentais contarem com uma dimensão subjetiva, a ponto de ensejarem pretensões negativas (de defesa) ou positivas (de prestação), ainda não alcançam a posição de princípios básicos da ordem constitucional.

1.2 A humanização do direito civil

*“No novo tempo, apesar dos castigos
De toda fadiga, de toda injustiça, estamos na briga
Pra nos socorrer, pra nos socorrer, pra nos socorrer
No novo tempo, apesar dos perigos
De todos os pecados, de todos enganos, estamos marcados
Pra sobreviver, pra sobreviver, pra sobreviver.”*

**(Ivan Lins, *Novo tempo*,
de Ivan Lins e Vitor Martins)**

“*Ontem os Códigos, hoje as Constituições*”, conclui Paulo Bonavides. O pós-Segunda Guerra Mundial é o marco histórico renovatório da ciência do direito. As incomparáveis atrocidades praticadas pelos Estados totalitários contra a civilização paradoxalmente receberam o amparo formal da lei. As chagas do nazifascismo representaram o lado extremo do ocaso do liberalismo.

Paulatinas transformações culminam por descortinar um novo direito privado. Um dos últimos capítulos coincide com a implantação de uma tábua de valores constitucionais apta a exigir uma releitura do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizando a promoção da dignidade, do solidarismo e da igualdade substancial. A urgência se revela na determinação da preponderância da pessoa em relação ao patrimônio. Sendo a Constituição o centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às

6. As teorias intervencionistas de John Maynard Keynes, Segundo as quais o Estado deveria regular o crescimento econômico e assegurar o pleno emprego suprindo as carências e corrigindo os excessos do *laissez-faire*, converter-se-iam com os anos em um axioma incontroverso de sociais-democratas e conservadores por todo o mundo.

relações privadas, mitigando-se a dicotomia público-privado, pois não mais existem espaços imunes ao alcance de parâmetros normativos substancialmente mais justos.

O neologismo *neoconstitucionalismo* expressa uma aproximação entre a Constituição e a Democracia pela via da reconstrução dos direitos fundamentais. Se antes se mostravam acanhados, convertem-se em princípios capazes de expressar uma ordem de valores objetivada pelas Constituições maximalistas.

Os direitos fundamentais assumem então uma dimensão objetiva. Superam o *status* de garantias de situações individuais, passando a ostentar a envergadura de bens jurídicos essenciais, de máxima efetividade, com força expansiva e eficácia irradiante a todo o ordenamento jurídico.

À medida que a Constituição dos Estados Democráticos de Direito lança os seus tentáculos para os demais ramos do ordenamento, não mais se contenta com a simples condição de ordem jurídica fundamental do Estado, tornando-se igualmente a ordem jurídica fundamental da sociedade. Consequentemente, rompe-se a dicotomia público-privado, inexistindo ilhas inóspitas à Constituição. Estado e sociedade não mais se opõem. Pelo contrário, unem-se em direção a uma ética de tutela material do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito é por essência um agente de transformação social, tendo por função precípua a concretização dos direitos fundamentais previstos em sede constitucional. A seu turno, ao inserir a pessoa como valor maior, fim e fundamento do ordenamento jurídico, a dignidade humana se anuncia como o seu elemento estruturante, verdadeiro manancial de direitos fundamentais, podendo ser esmiuçada na incondicional proteção da integridade psicofísica da pessoa, bem como em sua liberdade, igualdade e solidariedade perante os demais membros da comunidade. A dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral de respeito à condição humana.

O efeito de tais impactos no direito civil é devastador. A tão propalada despatrimonialização ou repersonalização do direito civil é uma consequência certa da alteração de paradigmas. Afinal, o direito privado das coisas e dos bens se transforma no direito das pessoas. O civilista, antes recluso, despe-se da vaidade e da arrogância e calça as "*sandálias da humildade*", pois percebe que o sujeito do direito não se limita ao titular dos bens, cabendo à sociedade civil recepcionar aqueles que almejam "vir a ter e vir a ser".

O valor da segurança jurídica mantém posição de fundamentalidade na ordem jurídica. Contudo, se antes o princípio implicava conservação do imobilismo, preservação de direitos adquiridos e prestígio ao ato jurídico perfeito, doravante merecerá releitura adequada à realidade de uma nação extremamente desigual. Haverá segurança jurídica quando Estado e sociedade se comprometerem a cumprir o projeto constitucional de uma sociedade mais justa e voltada ao projeto solidário de erradicação da miséria.

Com efeito, o indivíduo é atomizado pelas forças do mercado, e na sociedade de risco o Estado é incapaz de concretizar a Ordem Constitucional, pois não se habilita a conjugar a Ordem Econômica pela ótica da convivência harmônica entre a livre-iniciativa e a tutela de interesses transindividuais (função social da propriedade, consumidores, meio ambiente), a teor do exposto no art. 170 da Constituição Federal. O Estado é protetor para poucos cidadãos e predador para a massa composta por súditos. O esvaziamento do Estado transferiu poder regulamentar para outras instâncias, sobremaneira o mercado. Os grandes conglomerados afastam o Estado de suas relações empresariais, cultivando as suas próprias regras (*lex mercatoria*), submetendo-as eventualmente à arbitragem em caso de desavenças. Por paradoxal que seja, procuram o Estado para a edição de regras que os imunizem da sociedade civil. A opção da administração pela preeminência do poder econômico em suas políticas públicas remete a sociedade a um único caminho: o Sistema de Justiça como derradeira *ratio* na contenção das forças hegemônicas do mercado.

A divisão tripartida de poderes idealizada por Montesquieu com vistas a um Estado Liberal sofreu o natural câmbio das contingências históricas, sobremaneira geográficas do contexto nacional. Alguns fatores concorrem para a busca pelo cidadão do Sistema de Justiça para a tutela de direitos sociais, dentre os quais: (a) o ocaso da capacidade legiferante do poder legislativo. Em uma sociedade plural, complexa e massificada, sofrendo intensas e urgentes demandas de grupos desfavorecidos, ocorre uma hipertrofia do Poder Executivo, que assume para si a decisão e a responsabilidade de implementar mecanismos hábeis à consolidação da promessa de bem-estar social refletida na Constituição; (b) apesar de gerir o orçamento e substituir o Poder Legislativo pela distorção na edição de Medidas Provisórias, o Poder Executivo é incapaz de se empenhar concretamente pela edificação de uma sociedade solidária posto dominado por grupos de pressão que desvirtuam a ideia de um Estado Democrático de Direito, privatizando a esfera pública naquilo que na peculiaridade da trajetória brasileira usualmente se define como clientelismo ou patrimonialismo;⁷ (c) represado o acesso popular à cidadania – seja pela ineficácia do legislativo como pela usurpação do Executivo pelo mercado –, resta à coletividade exercer a sua soberania pelo Sistema de Justiça, especialmente pelo Ministério Público, como órgão incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, através dos instrumentos legislativos postos a sua disposição. Para Lenio Streck,⁸ trata-se dos instrumentos “*para buscar/*

7. Para Raymundo Faoro: “A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo” (*Os donos do poder*, op. cit., p. 819).

8. O Estado liberal pertenceu ao Legislativo, como poder *ordenador* das liberdades públicas e civis. O Estado Social foi dominado pelo Executivo, como *promovedor* de políticas públicas de correção de desigualdades. Lenio Streck investe as atenções do potencial *transformador* do Estado Democrático no judiciário, à medida que as “inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder ser suprimidas pelo Judiciário, como o instrumento para o resgate de direitos não realizados” (*Hermenêutica jurídica em crise*, op. cit., p. 38).

resgatar os direitos de segunda e terceira geração [...] porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas”.

No plano prático, a repersonalização insere o direito civil na legalidade constitucional. Em um ordenamento jurídico unitário e complexo, impossível associar o direito civil ao código civil. O direito é um sistema aberto de valores e a natureza normativa da Constituição Federal se exterioriza por um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los. Em sociedades complexas, o direito se revela por uma pluralidade de fontes e o método da subsunção (aceito em um viés positivista) é substituído por uma renovada teoria da interpretação jurídica, fundamentada em procedimentos argumentativos, conforme as escolhas de fundo do ordenamento, com aptidão para extrair dos princípios a sua eficácia transformadora.

O pós-positivismo não despreza o direito posto. Todavia, a passagem da lei ao direito é um processo contínuo pautado em atividade hermenêutica. Em sentido figurado, podemos perceber o ordenamento como um *iceberg*. A parte visível aos olhos representa a letra da lei, porém a maior parte se encontra submersa. É lá que a vida acontece e as necessidades sociais pautam o processo de interpretação do direito por outras fontes, como os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

O Código Civil de 2002 não possui pretensões totalitárias. Jean Cruet observou que o direito não domina a sociedade, apenas a exprime. Miguel Reale renuncia à possibilidade de crioconservação do direito privado em laboratórios estatais, pois o fenômeno jurídico é construído pela experiência de uma sociedade e se refere à historicidade de um processo cultural. Pode-se dizer que o Código Reale desfruta da centralidade do direito privado, concorrendo com outros centros de irrupção de regulamentação civil e sempre prestigiando o diálogo de fontes com a Lei Maior, afinal, os valores que ela concretizou em direitos fundamentais representam a viga mestra do direito privado. A supremacia e a unidade da Constituição Federal exigem que as normas de direito privado sejam submetidas a um permanente processo de filtragem. Obriga-se o civilista a adotar uma postura antropocêntrica e emancipatória.

1.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A eficácia interprivada dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais, deriva de intensos debates ocorridos na Corte Constitucional da Alemanha há mais de 50 anos. No Brasil, a questão aflorou nos últimos 10 anos, primeiramente pela democratização tardia e, por que não dizer, pelo lento e contínuo afastamento do *“mal-estar constitucional”*, que persiste na mente de considerável parcela de operadores de direito.

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais assumem eficácia irradiante e condicionam a atuação dos poderes constituídos, direcionando o administrador para a realização dos programas constitucionais – invalidando os atos que deles se afastem –, gerando efeitos diretamente sobre as normas de direito privado, evidenciando

ainda a necessidade do julgador de fundamentar as suas decisões nos valores neles consubstanciados, mesmo *contra legem*. Trata-se da eficácia vertical e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e todos os poderes estatais, sedimentada na norma-princípio de otimização do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” É abolida a concepção formal pela qual os direitos fundamentais só seriam vivificados por intermediação legislativa. Revestem-se eles de eficácia plena perante os órgãos estatais, cabendo a estes dotar as normas de direitos fundamentais de máxima efetividade.

Quando dois ou mais particulares praticam um ato dispositivo de titularidade ou de trânsito creditício, centram-se as atenções nos modelos jurídicos da propriedade e dos contratos, alicerces do direito civil tipicamente liberal. Nada obstante, na liberdade de contratar e no acesso à propriedade – reflexos da autonomia privada na órbita civil – configuram-se direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade, haja vista que a dignidade da pessoa humana se evidencia, dentre outras vias, pela percepção do indivíduo como pessoa racional e livre, com capacidade de autodeterminação.

Ocorre que a liberdade econômica tutelada pelo Estado Democrático de Direito não raras vezes será fator de opressão, pois as relações patrimoniais em boa medida culminam por restringir a liberdade para o futuro, gerando a instrumentalização da pessoa pela via negocial. É evidente que em nações globalizadas a perspectiva dos direitos fundamentais seja redimensionada, pois, no Estado Democrático de Direito que se assume como tal, o maior predador do ser humano não é o Estado, e sim um mercado descontrolado e desregulamentado, além de outras forças sociais: os oligopólios e o poder privado. Enfim, os direitos fundamentais também vinculam as pessoas naturais e as jurídicas.

O Estado, agora amigo, não apenas se incumbe da função de respeito aos direitos fundamentais – seja pela via da defesa, como pelo dever de prestação –, mas sobre os seus ombros recai a tarefa de socorrer a sociedade civil contra si mesma. Cuida-se do dever de proteção, vazado na necessidade de o poder público acautelar e promover os direitos fundamentais nas relações particulares, primordialmente impedindo que situações existenciais sejam fragilizadas na órbita privada e, subsidiariamente, estabelecendo eficazes mecanismos de punição e reparação contra violações concretizadas. O princípio da dignidade da pessoa humana estará presente em todos os momentos da atividade econômica, para reprimir as iniciativas abusivas que desconsiderem o valor da pessoa, bem como para conformar o exercício das liberdades ao plano da legitimidade do ordenamento jurídico.

Foge ao objetivo do texto a distinção entre a eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares. A tendência doutrinária é a de evitar unilateralismos, admitindo-se soluções ecléticas pelas quais o próprio legislador já tenha previsto normas infraconstitucionais de solução de tensões – ou mesmo cláusulas gerais –, e outras hipóteses em que a omissão do legislador demandará a aplicação direta do direito fundamental pelo julgador, conforme interpretação construtiva do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. O mesmo se infere nos casos em que a lei existente é ofensiva a direitos fundamentais. De fato, em um Estado

Democrático de Direito não há espaço para uma visão bipartida do ser humano: seja em suas relações com o Estado, como com a sociedade, a sua titularidade de direitos fundamentais será prestigiada pelo ordenamento.⁹

Outrossim, há uma impropriedade na adoção da locução *eficácia horizontal* como contraposição à *eficácia vertical* no império das relações privadas. Nas relações sociais a excessiva assimetria entre os envolvidos – normalmente em vínculos entre empresas de grande porte e particulares – culmina por reproduzir na esfera social a mesma situação que remete ao aspecto verticalizado das relações entre os particulares e o poder estatal. Porém, nas relações efetuadas entre particulares em situação de relativa igualdade material – sem que qualquer um deles expresse uma posição de poder social –, será possível cogitar de um plano horizontal de direitos fundamentais, em que certamente o impacto da Constituição sobre a autonomia privada será bem menos extenso que nas hipóteses progressas.¹⁰ Daí a preferência pela adoção da expressão *eficácia privada dos direitos fundamentais*.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tende a conciliar harmonicamente o princípio da autonomia privada com outros direitos fundamentais. Destarte, há um componente que diferencia as relações entre particulares das relações destes com o Estado: enquanto aqui há apenas um titular de direitos fundamentais, lá os dois polos da relação jurídica titularizam direitos fundamentais. Isso implica aceitar conflitos que reclamarão soluções diferenciadas conforme um juízo de ponderação. De um lado, o sistema jurídico deve tutelar o crédito, caso contrário culminará por desestimular o fluxo de relações econômicas, comprometendo o próprio funcionamento do mercado, bem como a operabilidade do direito material e a efetividade do processo. De outro lado, o ordenamento protegerá outros valores considerados dignos de tutela jurídica.

A Constituição Federal é uma carta dialética que consagra bens jurídicos contrapostos. *A priori* não existem valores abstratamente superiores a outros. Fatalmente a colisão de princípios será inevitável na concretude da vida. A intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais requer um balanceamento de bens jurídicos por magistrados e tribunais, considerando-se as peculiaridades do caso. O fato é que todas as relações privadas são referenciáveis a direitos fundamentais, e o sopesamento de tais tensões demandará os critérios hermenêuticos da regra da proporcionalidade. Importante critério para a equalização de tensões entre direitos fundamentais privados se refere à desigualdade fática entre o detentor de poder

9. Com esteio na posição de J. Rivero, J. J. Gomes Canotilho ensina que descabe uma dupla ética no seio da sociedade. “Essa dupla ética existe quando, por exemplo, se considera como violação de integridade física e moral a exigência de testes de gravidez de mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas em nome da autonomia contratual e empresarial” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 1251).

10. Carlos Alberto da Mota Pinto defende a incidência de direitos fundamentais nas relações em que não exista hipossuficiência de uma das partes apenas quando se verificar violação de direitos da personalidade de um dos contratantes, como, exemplificativamente, a recusa de contratar com base em discriminação religiosa (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 75).

social e o indivíduo fragilizado, inibido em sua esfera de autonomia. O ordenamento jurídico tenderá a velar pela parte que se submeteu ao poderio privado.

1.4 Perspectivas para o direito civil

“Diz o filósofo grego Epicarmo que ‘os mortais deviam ter pensamentos mortais, não imortais’. Os paradigmas socioculturais nascem, desenvolvem-se e morrem. Ao contrário do que se passa com a morte dos indivíduos, a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder. Por outro lado, também ao contrário do que sucede com os indivíduos, só muitos anos, senão mesmos séculos depois da morte de um paradigma sociocultural, é possível afirmar com segurança que este morreu e determinar a data, sempre aproximada, da sua morte. A passagem entre paradigmas é, assim, semicega e semi-invisível.”¹¹

O pêndulo oscila. Acreditava-se que o poder público desempenharia o papel que lhe fora confiado pelo ordenamento jurídico, distribuindo o mínimo existencial aos setores marginalizados da sociedade. Se no Estado Liberal o bem-estar da população desfavorecida era objeto de caridade por instituições particulares, o Estado Social converteu a caridade em um direito, prestigiando a igualdade material e o acesso ao mínimo existencial, expiando a culpa dos mais favorecidos pela via da tributação.

Todavia, a promessa estatal de um cobertor social não foi cumprida a contento. É evidente a crescente sensação de fragilidade e impotência daquele que ostentava a função de ordenador social. O poder público se mostrou ineficiente para realizar no plano real a transfiguração sonhada pela Constituição Federal. Carência de recursos, máquina ineficiente, ausência de gestão, malversação de verbas. O Estado se ausenta em posições determinantes de defesa da vida digna e culmina por restituir à livre-iniciativa os setores da economia que havia abraçado.

Para além da privatização, a pós-modernidade revela o fenômeno da globalização como grande desafio à noção de soberania. Cada vez mais o Estado se incapacita para impor suas regras e normas isoladamente, pois atualmente a tarefa de distribuir o direito também cabe às forças econômicas, pela via da *lex mercatória*.¹² Constata-se o fortalecimento de grandes grupos empresariais dentro de uma “*nova desordem mundial*”. De fato, paira uma desconfortável sensação de que agora ninguém parece estar no controle. Antes todas as ações e iniciativas de ordenação eram locais, hoje não há mais uma localidade com arrogância bastante para falar em nome da humanidade como um todo. Forças anônimas operam na vasta terra de ninguém. Como percebe

11. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*, op. cit., p. 15.

12. Véra de Fradera questiona a concepção estatal de direito, ponderando que “a grande liberdade de que goza a *lex mercatoria*, independente de todo e qualquer ordenamento nacional, gera um certo mal-estar e insegurança naqueles que só acreditam em um direito provindo do estado, olhando com desconfiança as manifestações da prática na criação de regras de conduta. Assim, para esses juristas, o costume e a *lex mercatoria* devem ser descartados, olvidando que hoje, no mundo todo, há um expressivo retorno ao costume e à *lex mercatoria*, inclusive entre nós” (FRADERA, Véra Maria Jacob. *O direito dos contratos no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2005).

Parte II

CONTRATOS EM ESPÉCIE

CAPÍTULO I

Contrato de Compra e Venda

Sumário • 1. Noções gerais e quadro evolutivo da compra e venda – 2. O regramento dualista da compra e venda: uma breve introdução à CISG – 3. Noções conceituais e a natureza obrigacional – 4. Classificação do contrato de compra e venda – 5. Elementos essenciais da compra e venda: 5.1 Generalidades; 5.2 Consentimento; 5.3 Preço; 5.4 Coisa (objeto da compra e venda) – 6. Efeitos jurídicos decorrentes da compra e venda: 6.1 Prolegômenos; 6.2 Responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção; 6.3 Responsabilidade pela perda ou deterioração (perecimento) da coisa adquirida; 6.4 Responsabilidade pelas despesas – 7. Situações especiais de compra e venda: 7.1 Noções gerais; 7.2 Venda por amostras; 7.3 Venda *ad corpus* e venda *ad mensuram* – 8. Cláusulas especiais (adjetas) na compra e venda: 8.1 Generalidades; 8.2 Retrovenda; 8.3 Venda a contento e venda sujeita à prova; 8.4 Preempção ou preferência convencional; 8.5 Reserva de domínio; 8.6 Venda sobre documentos – 9. Venda de bens públicos.

*“Não foi preciso ir ao shopping pra comprar
Foi só pegar alguns trocados e ir correndo para o bazar.
Tinha de todas as cores
Mas Joe usa preto e dessa cor, eu resolvi comprar,
Pois da primeira vez a gente nunca esquece
Eu nunca mais vou me esquecer...
Nada a se comparar
Do dia em que comprei meu primeiro All Star.”*

**(Cueio Limão, *Meu primeiro All Star*,
de Henrique Badke)**

1. NOÇÕES GERAIS E QUADRO EVOLUTIVO DA COMPRA E VENDA

A compra e venda é antiquíssima.

Por curiosidade, a Bíblia Sagrada chega mesmo a fornecer elementos para a comprovação do que se afirma: Abraão compra o terreno onde pretende sepultar sua esposa, Sara; e Jeremias, durante o assédio de Jerusalém por Nabucodonossor, compra o campo de Hanaméel.¹

1. Os dados são pinçados da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes, chegando a acrescentar que, na antiguidade, a venda era processada “mediante acordo entre vendedor e comprador, num lugar público, com a presença de testemunhas, sendo o preço calculado por peso, e não pelo contado”. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 264.

Todavia, não se pode negar que as primeiras manifestações contratuais da humanidade, ainda nos primórdios da civilização, diziam, em verdade, respeito ao escambo ou permuta, limitando-se a uma simples troca dos objetos que remanesciam a cada pessoa. Bem se compreendem as dificuldades daquele rudimentar sistema, não se tratando, tecnicamente, de uma compra e venda. A escassez de produtos, a difícil localização de pessoas com outros bens que despertassem o interesse na troca, a pouca mobilidade do negócio jurídico eram fatores a atravancar as relações circulatórias de riqueza.

Surgiram, então, produtos que serviriam de referência em uma tentativa de facilitar o trânsito econômico. Primeiramente, as cabeças de gado (*pecus*, de onde se originou, inclusive, a expressão *pecúnia*); depois, as pedras e os metais preciosos, como o ouro; e, finalmente, a *moeda*, o dinheiro. Com a adoção da moeda, universalmente como um instrumento de viabilização das relações negociais, verdadeiro elemento substancial do intercâmbio econômico, surgiu o *contrato de compra e venda*, como o mais poderoso e eficaz instrumento jurídico de circulação de riquezas.

Note-se, nesse passo, que a compra e venda somente foi implementada a partir do momento em que a moeda se apresentou, efetivamente, como um valor universal, passível de circulação. Por isso, o comentário oportuno de Washington de Barros Monteiro de que “o contrato de compra e venda, em última análise, não passa de mera estabilização da troca primitiva”,² abandonando o seu aspecto *rem por rem* (coisa por coisa) para ganhar uma feição *rem pro pretio* (coisa por dinheiro).

Não se nega, porém, que a contemporaneidade promoveu uma justificável inversão de importância, ocupando a compra e venda uma absoluta (e lógica) primazia no tráfego jurídico, enquanto a troca se mostrou reservada a casos completamente pontuais.³ Nos tempos atuais, a permuta é encontrada mais comumente no campo empresarial, sendo celebrada como instrumento negocial entre empresas, através da troca de produtos que produzem ou revendem.

De qualquer forma, bem percebe Otávio Luiz Rodrigues Júnior que em ambas as figuras (troca e compra e venda), está presente a “noção de retribuir um *dom*, o presente que era dado e, com ele, vinha a expectativa de semelhante atitude do beneficiário. Rememore-se a etimologia da palavra *venda*, que, dentre seus diversos sentidos, compreende a noção de presentear o próximo. Vender também era oferecer um *dom* a outrem. Da mesma forma que na troca, porém, havia a legítima esperança de uma contrapartida. Até mesmo no plano teológico é perceptível a existência particular dessa relação entre a Santíssima Trindade e os homens [...] O Espírito Santo *presenteia* os homens com diferentes dons (*khárisma*, carismas), a fim de que os usem em prol da comunidade. A oferta dos carismas vem acompanhada de uma

2. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 96.

3. “Atualmente, as permutas ocupam exíguo espaço [...], porque a troca por excelência, na vida de todos os dias, é a que se faz por dinheiro”, BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 388.

expectativa de quem os doou [...] Não é sem causa que o maior desses dons [...] *É o amor (caridade)*".⁴ Daí a Primeira Epístola de São Paulo aos Coríntios (13:1):

"Ainda que eu falasse línguas, as dos homens e as dos anjos, se eu não tivesse a caridade (o amor), seria como bronze que soa ou como címbalo que tine".

Hodiernamente, o contrato de compra e venda é tão frequente que se realiza sem qualquer indagação ou apreciação quanto à sua natureza ou formalidades. É o trato cotidiano da vida: *a coisa adquirida passa das mãos do vendedor para as do comprador, mediante o pagamento do preço, quase que intuitivamente*. O avanço da tecnologia já permite a celebração de compra e venda através da exposição de produtos em lojas e supermercados, com a simplificação do consentimento e, até mesmo, com o uso de aparelhos automáticos. Tudo isso sem desconsiderar a venda pela *internet*, sem que as partes tenham, sequer, de sair do conforto do lar.⁵

Enfim, por conta dessa capacidade de fazer circular riquezas com facilidade, a compra e venda é contrato frequente e de grande importância na estabilidade social e econômica. Pontes de Miranda, com habitual proficiência, chegou a perceber que a compra e venda "apanha desde os negócios jurídicos de esquina, ou de rua (vendedores ambulantes e estacionários), até os que têm por objeto patrimônios".⁶

Sob o ponto de vista sociológico, a compra e venda representa a superação da apropriação (pilhagem) de bens e riquezas. Trata-se de mecanismo racional e humanizado de circulação de riquezas, na medida em que não se pode negar a tendência humana natural à aquisição de coisas que satisfaçam o ânimo.

É, enfim, o negócio *jurídico patrimonial basilar da economia mundial, sendo de capital importância* para a sociedade contemporânea.⁷

Nessa levada, percebendo a existência de um fenômeno humano de possuir individualmente determinados bens (cujo valor, econômico ou social, lhe causa satisfação pessoal), a compra e venda ganha uma densidade e importância evidentes.

Aliás, na pós-modernidade, as técnicas utilizadas para a compra e venda levam em conta essa *necessidade* humana de satisfazer os seus desejos materiais. É uma verdadeira profusão do desejo de consumir, de adquirir bens e serviços. Já se fala, inclusive, em *neuromarketing*,⁸ como mecanismo para desvendar os mistérios do consumo humano, utilizando tecnologias da Medicina (como a ressonância magnética),

4. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 5.

5. Na mesma levada, a doutrina vislumbra que "a venda hoje surge também por formas mais diversas, como ocorre nas vendas por supermercados, por distribuidores automáticos, por meios informatizados etc. As obrigações acessórias, como fornecimento de assistência técnica e de várias garantias, surgem em grande quantidade", AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*, op. cit., p. 20.

6. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., p. 9.

7. ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 735.

8. Para maior aprofundamento sobre o *neuromarketing*, faça-se a justa referência à obra de BORN, Alex. *Neuromarketing: o genoma do marketing, o genoma das vendas, o genoma do pensamento*. São Carlos: Suprema Gráfica, 2007.

da Psicologia, da Antropologia e da Sociologia para penetrar na mente humana, analisando a reação aos estímulos externos, como cor da embalagem, marca do produto, cheiro, sabor etc.⁹

Não se olvide, além de tudo isso, que o grande desenvolvimento e a facilitação da compra e venda terminou por fazer com que a sua celebração sirva como mero subterfúgio para a realização de outros tantos negócios jurídicos, como o mútuo feneratício (empréstimo de dinheiro) e os contratos de seguro.

Para além dos contratos exemplificados, lembre-se, ainda, louvando a doutrina do argentino Ricardo Luis Lorenzetti, que, hodiernamente, *os indivíduos, muitas vezes, se referem a venda sem querer transmitir a propriedade, porque é custoso fazê-lo ou porque há deterioração tecnológica dos bens solicitados, razão pela qual surgiu o que os empresários chamam de “venda do uso das coisas”, dano origem a novas e numerosas relações negociais, como, por exemplo, o contrato de leasing*.¹⁰ Em nosso país, o *leasing*, também chamado de *arrendamento mercantil*, foi introduzido na década de sessenta, inspirado na locação mercantil da coisa. Nos primórdios, não possuía tipificação legal, mas satisfazia o tráfego jurídico em face do interesse econômico que preencheu. Posteriormente, veio a regulamentação pela Lei nº 6.099/74, alterada pela Lei nº 7.132/83 e pela Resolução Bacen nº 2.309/96.¹¹ É o contrato pelo qual uma pessoa natural ou jurídica, desejando utilizar um determinado bem de consumo ou um certo imóvel, procede para que uma instituição financeira adquira o referido bem e alugue-o por prazo determinado, estabelecendo que, findo o lapso temporal, haverá uma tríplice opção para o arrendatário: devolução do bem, renovação do

9. É muito interessante a passagem capturada na *internet*: “o termo *neuromarketing* foi cunhado por Ale Smidts, professor de *marketing* na *Erasmus University* em Roterdã, Holanda. Porém, foi Gerald Zaltman, médico e pesquisador da universidade norte-americana de Harvard, que teve a ideia de usar aparelhos de ressonância magnética para fins de *marketing*. Posteriormente, com a divulgação de uma pesquisa científica no jornal acadêmico *Neuron*, da *Baylor College of Medicine*, em Houston, Texas (um estudo que consistia na experimentação dos refrigerantes Pepsi e Coca-Cola), o tema ganhou repercussão. Os experimentadores envolvidos não sabiam qual era da marca a bebida que tomaram, e comprovou-se que as declarações verbais de preferência, identificação e respostas cerebrais não eram compatíveis. Quando perguntados qual dos dois refrigerantes era melhor, metade respondeu Pepsi. Nesse caso, a ressonância detectou um estímulo na área do cérebro relacionada a recompensas. Já quando elas tinham conhecimento sobre a marca, esse número caiu para vinte e cinco por cento e áreas relativas ao poder cognitivo e à memória, agora, estavam sendo usadas. Isso indica que os consumidores estavam pensando na marca, em suas lembranças e impressões sobre ela. O resultado leva a crer que a preferência estava relacionada com a identificação da marca e não com o sabor”, capturada em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Neuromarketing>.

10. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, op. cit., p. 181.

11. Para maior aprofundamento sobre o tema, seja consentido remeter o leitor para o que escrevemos em outra sede, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Reais, op. cit., p. 670. Dali é possível extrair: “o financiador é uma empresa intermediária entre o produtor e a pessoa natural ou jurídica que necessita da coisa, adquirindo o bem para posteriormente locá-lo ao arrendatário em troca de um determinado número de prestações periódicas, com a possibilidade de se transferir a propriedade ao locatário ao cabo da relação obrigacional. A principal modalidade de arrendamento mercantil no país é o *leasing* financeiro, alcançando os bens móveis e os imóveis. Nessa situação, o arrendatário pretende um financiamento para a aquisição de um bem, já que não deseja imobilizar o seu capital em um produto que possa tornar-se obsoleto a curto ou médio prazo, e o arrendante deseja recuperar os custos investidos e ainda receber certa margem de lucro”.

contrato por outro tempo ou aquisição do bem, pagando o preço residual fixado inicialmente no contrato.

Em um salto temporal, a Lei nº 14.711/2023, também conhecida como Marco Legal das Garantias, provoca alterações significativas no mercado imobiliário, sobretudo pela possibilidade de utilização da mesma propriedade como garantia para mais de uma operação de financiamento. A título de exemplo, caso um imóvel avaliado em R\$200.000,00 (duzentos mil) seja alienado fiduciariamente para garantir uma operação de financiamento no montante de R\$50.000,00 (cinquenta mil), o valor remanescente (R\$ 150.000,00 – cento e cinquenta mil) da avaliação do imóvel, estaria livre para ser dado como garantia em uma nova operação. Lado outro, isso pode causar uma situação de insolvência, pois se o consumidor já não consegue pagar um empréstimo, a tendência é que a dívida se torne “impagável”. O tempo dirá sobre a calibração entre a livre iniciativa e a tutela de direitos fundamentais.

2. O REGRAMENTO DUALISTA DA COMPRA E VENDA: UMA BREVE INTRODUÇÃO À CISG

“A verdadeira sabedoria consiste em saber como aumentar o bem-estar do mundo.”

(Benjamin Franklin)

A sociedade pós-industrial irrompe como uma comunidade sem fronteiras. Os mercados são mundiais e os sujeitos de direito pretendem escapar do particularismo político de seus Estados, máxime em épocas de ampliação dos movimentos migratórios e de sérias dificuldades políticas e geográficas tanto na Europa quanto na América. Os investimentos empresariais e econômicos exigem um maior volume de segurança jurídica, até mesmo para um controle dos juros.

Uma ordem de caráter global cujo raio de ação tende a coincidir com os mercados internacionais, é aquele a que se dá o nome de *lex mercatoria*. Ensina Francesco Galgano¹² que a expressão alude ao atual renascimento de um direito universal, tal qual aquele em que viveram os mercadores medievais. Na nova *lex mercatoria* é concebido um direito criado sem a mediação legislativa dos Estados, gerando regras destinadas a disciplinar uniformemente as relações comerciais que se instauram entre diversos mercados, superando a descontinuidade jurídica própria do fracionamento de diversas ordens estatais.

Um grande passo para a edificação desse ordenamento supranacional se deu com a uniformização da legislação atinente a compra e venda internacional de mercadorias – a *CISG (Convention of international Sales of Goods)* –, ultimada na Convenção

12. GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*, p. 248.

de Viena de 1980, capitaneada pela *United Nations Commission Of International Trade Law* (UNICITRAL).¹³

Surge assim um modelo alternativo de solução de litígios que pretende superar a antinomia de diversos ordenamentos por um diálogo capaz de acomodar um pluralismo valorativo, mediante um modo flexível, ágil e desburocratizado de conjugar negócios jurídicos pela linguagem da sociedade de mercado, aproximando atores de diversas localidades, sejam eles cidadãos de nações adeptas ao *common law* ou ao direito codificado legado da Europa continental (*civil law*).

A Convenção se consubstancia em 101 artigos, que versam de temáticas substantivas do contrato de compra e venda, como: âmbito de aplicação, interpretação, formação do contrato, direitos e deveres do comprador e do vendedor, conformidade de mercadorias, direitos em caso de violação do contrato e rescisão. Em suma, estão previstas regras atinentes a todas as fases da relação contratual, desde a apresentação da proposta comercial e do período de negociações, até o término do contrato e suas consequências. Para concretizar uma tarefa tão grandiosa, os trabalhos que precederam a aprovação da CISG contaram com a adesão de juristas de variados Estados e culturas jurídicas. O eixo da Convenção de Viena naturalmente seria o contrato de compra e venda, pois historicamente e, independentemente da língua de seus personagens, em qualquer lugar do globo, comprador e vendedor ajustam o pagamento de um preço como retribuição à entrega de um bem. A CISG se valeu do pragmatismo, pelo recurso de uma linguagem simples e direta, capaz de romper o tecnicismo que apenas causaria entraves à necessária agilidade do comércio internacional e, portanto, aos principais destinatários de suas regras.

Se o desejo de quem celebra transações internacionais é o binômio segurança jurídica e eficiência, a CISG lhes faculta a fuga de seus Estados e o protagonismo dos negócios (e não dos magistrados), mediante o recurso da justiça arbitral, conduzida por profissionais capazes de conciliar denso arcabouço teórico com a experiência das especificidades das práticas transnacionais, completamente distintas daquelas vivenciadas em cada comércio local.

Após esclarecer que o direito alemão dos contratos e o *uniform commercial code* americano são os dois modelos contratuais inspiradores do legislador da Convenção de Viena – como forma de harmonizar *civil law* e *common law* –, Véra Jacob de Fradera¹⁴

13. A Convenção de Viena é corolário de frustradas tentativas de unificação do direito contratual que remontam ao início do século XX. A Conferência de Haia de 1964 aprovou dois instrumentos normativos que não tiveram o êxito esperado: a Lei Uniforme sobre Formação de Contratos de Compra e Venda Internacional (ULFIS, sigla em inglês) e a Lei Uniforme sobre Compra e Venda de Bens (ULIS, sigla em inglês). Sob tais premissas, a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNICITRAL, sigla em inglês) assumiu a tarefa de elaborar uma lei uniforme que, tanto quanto possível: (i) não definisse regras excessivamente pró-comprador (*buyer oriented*), ou pró-vendedor (*seller oriented*); e (ii) restasse aplicável tanto por sistemas de *civil law* quanto de *common law*. Em razão do expressivo número de adesões à Convenção, o desiderato foi alcançado.

14. FRADERA, Véra Jacob. A saga da uniformização da compra e venda internacional. In: *A compra e venda internacional de mercadorias*, p. 14-15. Segundo a autora, “o CISG representa a concretização de um dos

assevera que além da autonomia privada,¹⁵ a CISG é calcada no princípio fundamental do comércio, a boa-fé objetiva, que presidirá a formação e a execução dos contratos, seja na função interpretativa, integrativa (com destaque para o apelo aos usos e práticas comerciais internacionais), e pelo controle do comportamento excessivo das partes.

Nesse sentido, a cláusula geral do art. 7º da CISG se revela um *standard* comportamental em termos de harmonização de culturas díspares, preceituando que: “Na interpretação dessa Convenção, será levado em conta o seu caráter internacional, a necessidade de promover a uniformidade na sua aplicação e a observância da boa-fé no comércio internacional.”

A função dessa cláusula geral é complementada pelo preceito que impulsiona os contratantes a agir como pessoas razoáveis (artigo 7.2), outro conceito vago e impreciso oriundo do direito norte-americano, mas que remete a um senso de prudência e sensatez que fatalmente induzirá à paulatina construção de modelos objetivos de comportamento capazes de direcionar os comerciantes a uma atuação leal e confiável.

É natural que essas e muitas outras regras sejam proteiformes e se eximam de prescrever comportamentos, contentando-se em descrever valores, e que outros importantes aspectos da compra e venda de mercadorias tenham sido excluídos da redação final. Afinal, a heterogeneidade das culturas jurídicas e da prática do direito internacional dos Estados participantes da CISG só permitiram o alcance de um compromisso mínimo para um regramento que se pretende uniforme.

Com vinte e dois anos de atraso, o Brasil ratificou a Convenção de Viena.¹⁶ Talvez pela nossa dificuldade de se desvincular de uma concepção positivista de direito internacional, segundo a qual o Estado seria o soberano para dirimir conflitos advindos de relação envolvendo elementos estrangeiros. Isso não significa que antes de 2014 havia um óbice intransponível a sua adoção pelos *players* brasileiros do comércio internacional.¹⁷ No período anterior à ratificação, a CISG apenas se aplicava mediante

ideais de Savigny, o da comunidade jurídica de povos, confirmando o pluralismo de fontes do direito e de uma exitosa coabitação entre o direito constitucional, o direito civil, o direito interno e o internacional, o nacional e o supranacional, ocorrendo múltiplas e proveitosas trocas entre essas diferentes esferas, algo inusitado no passado recente”.

15. A vasta liberdade contratual é capturada no art. 6 do CISG, que permite aos contratantes a exclusão da aplicação dos dispositivos da Convenção, bem como a alteração de sua eficácia. Implica em *trade-off* aos comerciantes internacionais.
16. Com isso, o Brasil uniformiza seu regramento de contratos de compra e venda internacional de mercadorias com o de outros 79 países – que representam 90% do fluxo de comércio internacional [i] e incluem grandes parceiros comerciais do Brasil, como China, Estados Unidos e União Europeia (UE). No Mercosul por razões elementares, só falta a Venezuela.
17. Como explica Luiz Gustavo Meira Moser, por intermédio das regras de direito internacional privado, bem como pela opção de eleição de arbitragem como forma de composição de conflito contractual internacional, já era possível utilizar a Lei Uniforme, antes de sua ratificação em nosso País. A Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) consagrou plena autonomia das partes no juízo arbitral, o que permitiria que a Convenção de Viena regresse o contrato celebrado entre as partes, desde que eleita como *substantive law* na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral. O Superior Tribunal de Justiça prestigiou o

expressa previsão contratual – como cláusula de lei aplicável. Demandava, destarte, manifestação expressa de vontade das Partes.

Todavia, doravante teremos um catálogo específico de regras para a compra e venda internacional capaz de alavancar essa atividade econômica – quiçá uma das mais antigas da história –, com notável mitigação dos custos de transação, sobremaneira pela certeza e previsibilidade da aplicação de uma convenção de conhecimento geral. Ilustrativamente, na fase pré-contratual, ambos os entabulantes poderão discutir a oportunidade da aplicação de determinadas cláusulas contratuais, tendo como base um mesmo arcabouço jurídico. Vale dizer, a uniformização normativa contribui para o florescimento de um ambiente extremamente propício às trocas comerciais.

Certamente, parte do sucesso desse processo de uniformização ainda dependerá da interpretação que se der à CISG. O Poder Judiciário Brasileiro e as câmaras arbitrais convocadas a julgar conflitos regrados pela CISG devem interpretá-la com fundamento em sua internacionalidade. Os dispositivos constantes da CISG serão visualizados por uma hermenêutica apartada daquela adotada no direito interno, pois possui estrutura e mecanismos próprios. A solução do litígio não apenas envolve às partes, porém insere aquilo que Ronald Dworkin concebe como modelo interpretativo intitulado *Romance em cadeia*, o que implica a ideia de diferentes escritores com a tarefa de elaborar um roteiro incompleto, respeitando a integridade daquilo que foi escrito pelos que lhe antecederam, pela escolha da interpretação que melhor reflita a intenção do texto. Prevalece a noção de conjunto e coerência, objetivando um resultado integrado na construção do arcabouço normativo do comércio de mercadorias em âmbito internacional.

Com a incorporação da CISG ao ordenamento jurídico brasileiro e vigência a partir de 1º.4.2014, completa-se um movimento que se iniciou em janeiro de 20, com a vigência do Código Civil. Naquele instante, deu-se a revogação da primeira parte do Código Comercial com a supressão da dicotomia entre a compra de venda civil e a mercantil. Onze anos após a unificação obrigacional, vem à baila a ratificação da CISG, gerando revigorado dualismo entre o Código Civil e a Convenção de Viena, pois o novo diploma será aplicado tão somente aos casos em que, pelo critério *ratione materiae* da compra e venda internacional de mercadorias,¹⁸ os estabelecimentos comerciais dos contratantes se localizem em Estados diversos (artigo 1. (1), *a*, CISG). Prevalece, assim, o critério da internacionalidade do contrato, sendo despicienda a estraneidade do contratante, ou seja, a aferição da nacionalidade das partes.

uso da CISG em procedimentos arbitrais na SEC nº 3.035. A formação do contrato de compra e venda entre ausentes, In: *A compra e venda internacional de mercadorias*, p. 116.

18. Ficam excluídos da CISG os contratos vetados pelo art. 2, como as vendas de: (a) mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor não soube, ou não devesse saber, que as mercadorias eram adquiridas para tal uso; (b) em hasta pública; (c) em execução judicial; (d) em valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, aerobarcos, embarcações e aeronaves; (f) de eletricidade. Bens insuscetíveis de categorização como “mercadoria” estão igualmente fora do escopo da Convenção, tais como bens imóveis, bens intangíveis, serviços de distribuição e representação comercial.

Aprovado mediante Decreto Legislativo nº 538/2012, em 18 de outubro de 2012, sem a promulgação do decreto presidencial, a ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional suscitou discussão sobre a vigência interna e externa da Convenção no país. Todavia, para o Direito Internacional e, sob a perspectiva dos outros Estados-Partes, o nosso País está vinculado ao fundamental marco jurídico dessa Convenção, em decorrência do depósito do instrumento de adesão pelo Brasil em 4 de março de 2013.

Com a entrada em vigor da CISG no Brasil, o Poder Judiciário passa a aplicá-la para solucionar litígios que envolvam contratos de compra e venda internacional de mercadorias. No silêncio do contrato, sendo proponente a Parte brasileira, o juiz deve aplicar a lei brasileira, vale dizer, aplicar a CISG. Outrossim, no que concerne aos negócios com estabelecimentos situados em países não signatários da Convenção, o comerciante brasileiro pode prever expressamente no contrato a aplicação da CISG sem a necessidade de recorrer à arbitragem. A incidência e aplicação da CISG será automática, cabendo às partes, se assim não desejarem, indicar expressamente no contrato o afastamento da Convenção (conforme faculdade que lhes é atribuída pelo art. 6º da CISG).

Nos processos de arbitragem a cláusula de eleição da CISG se notabiliza, pois a Lei de Arbitragem prevê, expressamente, a autonomia da vontade das partes para escolherem o direito aplicável, o que inclui a escolha da aplicação da Convenção. Em seu art. 2º, § 1º, a norma estabelece que: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Poderão elas escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

Malgrado a sua natural vocação para o direito contratual internacional privado, não se pode deixar de perceber que a CISG também gera um impacto no direito contratual interno. Senão imediato, certamente gradual. Vale dizer, nos próximos anos várias de suas regras e interpretações internacionais servirão como parâmetros objetivos para a concretização das várias cláusulas gerais inseridas no Código Civil, com destaque para a boa-fé objetiva, abuso do direito e usos e costumes, além da especificação de vários aspectos relacionados propriamente à compra e venda, como a determinação do preço, vícios redibitórios, contratos entre ausentes, resolução negocial, dentre outras, que receberão o contributo do diálogo com a Lei Uniforme e a experiência milenar do comércio entre os povos.

3. NOÇÕES CONCEITUAIS E A NATUREZA OBRIGACIONAL

O contrato de compra e venda, enquanto figura jurídica habitual e corriqueira, deve ser compreendido a partir do realce emprestado às duas condutas humanas correlatas que nele estão presentes: *de uma banda, a obrigação de uma das partes de pagar uma determinada quantia em dinheiro, e, a outro giro, o dever da contraparte de transferir o domínio de uma determinada coisa.*

Esse suporte fático, inclusive, mereceu juridicização pelo art. 481 do Código Reale, que expressou *in litteris*:

Art. 481, Código Civil:

“Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

Justifica-se, pois, a posição do direito brasileiro, que denominou esta figura contratual de *compra e venda*, assim como fizeram as legislações lusitana, chilena, espanhola e argentina (nos países de língua espanhola, chama-se *compra y venta* ou *compraventa*). Diferentemente, o sistema germânico e o austríaco preferem intitular o contrato de *Kauf* ou *Kaufvertrag* (compra), enquanto o francês o designa como *vente*, assim como o italiano denomina *vendita* e o inglês rotula como *sale* (venda). Como se vê, a expressão *compra e venda* é mais abrangente e evidencia os dois diferentes polos da relação obrigacional, coadunando-se com o perfeito sinalagma existente.

Trilhando essas sendas, já se nota, sem dificuldade, que o contrato de compra e venda é o *negócio jurídico pelo qual uma das partes assume a obrigação de transferir o domínio de algo, mediante o pagamento de um valor pecuniário*.¹⁹

Disso não diverge a civilística brasileira, pois os nossos doutrinadores engrossam o coro, como se pode notar:

“Trata-se de um contrato donde defluem obrigações recíprocas para cada uma das partes. Para o vendedor, a obrigação de transferir o domínio da coisa; para o comprador, a de entregar o preço” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, op. cit., p. 139).

“Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente” (GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 265).

Nota-se, destarte, que a finalidade alvitrada pelo contrato de compra e venda é a *alienação de bens*, estando as partes marcadas pelo desejo de se desfazer e de adquirir uma determinada coisa. Noutras palavras, é, por excelência, um contrato para consumo.

A simples – e ainda que perfunctória – leitura do comando codificado e da firme lição doutrinária é suficiente para revelar que, no direito brasileiro, o contrato de compra e venda gera para os contratantes *efeitos meramente obrigacionais*: para o comprador, impõe o dever de pagamento, enquanto para o vendedor gera, como consequência, a obrigação de transferir a propriedade da coisa para o comprador.

19. Não se afasta dessa ideia o conceito proclamado pelo art. 1.323 do Código da Argentina: “haverá compra e venda quando uma das partes se obriga a transferir à outra a propriedade de uma coisa e esta se obriga a recebê-la e a pagar por ela um preço certo em dinheiro”.

CAPÍTULO XIX

Transação

Sumário • 1. Aspectos introdutórios e conceituais – 2. Características da transação: 2.1 Limites subjetivos e objetivos; 2.2 Transação e cláusula penal – 3. Eficácia: 3.1 Transação e fiança; 3.2 Transação e os efeitos da evicção; 3.3 Transação e ação penal – 4. Anulabilidade e nulidade da transação: 4.1 Transação e dolo; 4.2 Transação e coação; 4.3 Transação e erro essencial; 4.4 Transação, erro de fato e erro de direito.

*“Eu perco pra malandro, perco pra ladrão,
perco pra espertinhos e espertões, perco na transação bancária,
nos juros e na taxa diária. Ah, mas na sabedoria é que eu ganho de
vocês, essa ninguém me tira.”*

(Raul Seixas)

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E CONCEITUAIS

A transação é disciplinada no Código Civil de 2002 como espécie contratual típica. O principal objetivo de quem a formaliza é a prevenção ou a extinção de obrigações patrimoniais, mediante concessões mútuas (art. 840, CC). Diversamente, o Código Civil de 1916 (artigo 1.025) a tratava como forma extintiva das obrigações por pagamento indireto: “(...) era seguido o entendimento do direito romano, haja vista ser considerada uma espécie de convenção determinante do fato de alguém renunciar um litígio, desde que alguma retribuição lhe fosse concedida.”¹

Não se pode negar que houve avanço quanto ao reconhecimento da transação como espécie contratual típica², inclusive pelo fato de tal mudança estar alinhada a entendimentos firmados pelas codificações de outros ordenamentos.³ O próprio vocábulo “transação”, de origem latina (*transactio*, que é traduzido como pacto, ajuste

-
1. DELGADO, José Augusto. Das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*: arts. 803 a 853, v. XI, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 295.
 2. ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*: artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 827.
 3. É o caso, por exemplo, do Código Civil português (artigo 1.248º), do Código Civil espanhol (artigo 1.809), do Código Civil francês (artigo 2.044), do Código Civil italiano (artigo 1.965) e do Código Civil argentino (artigo 832), para citar alguns.

ou convenção), indica a formalização de concessões recíprocas com viés preventivo ou extintivo quanto a relações jurídicas duvidosas ou litigiosas.

A redação do artigo 840 do Código Civil demonstra que se trata de negócio jurídico por meio do qual as partes, por concessões mútuas, previnem ou põem fim a um litígio. Por sua vez, mister destacar que o artigo 487, inciso III, alínea “a”, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que a transação homologada por sentença coloca fim ao litígio com resolução do mérito, em função de ato das partes, tendo efeito de coisa julgada, sem possibilidade de desconstituição por arrependimento.

Nesta senda, em 2022, o STJ decidiu que “Em regra, é descabido o arrependimento e a rescisão unilateral da transação, ainda que antes da homologação judicial”. Uma vez concluída a transação as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes, e sua rescisão só se torna possível “por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa” (art. 849, CC).⁴

A partir de seu conceito, é possível constatar sua finalidade, em leitura do artigo 843 do Código Civil: “A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos”. Nota-se que, ao determinar a interpretação restritiva da transação, o legislador delimitou seu escopo, o que revela preocupação com o incremento da segurança jurídica, na medida em que sua formalização implica renúncia a direitos (art. 114, CC).⁵

Apenas as questões expressamente previstas no contrato, ou que sejam consequências naturais e necessárias dos seus termos, podem ser consideradas válidas e eficazes. Dessa forma, garante-se que seus efeitos não possam se estender às questões orbitais da transação, nem mesmo a ponto de abranger fatores ou pessoas não consideradas no acordo. Justamente por isso, aplica-se a hermenêutica às restrições e não às eventuais vantagens.⁶ Por essa razão, uma transação que tenha por objeto eventual indenização não impede que a vítima possa pleitear a reparação integral dos danos que sofreu, não obstante a homologação do valor acordado. Contudo, a transação sobre valores consequentes a uma lesão corporal não pode ser alargada para compreender os danos decorrentes do óbito superveniente com origem no evento lesivo.

A segunda parte do artigo 843 ainda dispõe sobre a natureza declaratória desta espécie contratual, embora parte da doutrina se posicione no sentido de que, por meio da transação, podem ser constituídos direitos, sob o argumento de que a redação do artigo 845 autoriza a transmissão de direitos.⁷ Outra vertente entende que a lei

4. STJ, AgInt no AREsp 1.952.184-SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4. T, DJe 25/08/2022.

5. “A transação consiste, portanto, em prevenir o surgimento de controvérsia ou extinguir litígio já existente, a partir do reconhecimento de direitos, da extinção ou mesmo da constituição de relações jurídicas” TEPE-DINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: Contratos*, op. cit., p. 531.

6. ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado: artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 828.

7. Confira-se, por todos: GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenador Edvaldo Brito; atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 543.

não reconheceu a prevalência do conteúdo constitutivo da transação sobre o efeito declaratório, em leitura mais objetiva e restrita da redação do artigo 843.⁸ Certo é que poderia o legislador ter aproveitado a oportunidade para aclarar a questão. Uma vez que as concessões devem ser mútuas, prevalece a sua índole negocial, não sendo admissível a transação imposta. A despeito do que dispõe o artigo 843, no sentido de que pela transação não se transmite, apenas se declaram ou se reconhecem direitos, entendemos que podem ser constituídos direitos, pois a redação do artigo 845 autoriza a transmissão de direitos.

Outrossim, é importante salientar que processos judiciais – ou mesmo os submetidos à arbitragem – demandam energia, tempo e custos financeiros e, por vezes, a promessa constitucional de solução de litígios em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF) é uma vaga miragem.⁹ Tal como a conciliação e a mediação, a transação é um precioso “atalho” para o encerramento de litígios com cada uma das partes abrindo mão de um pouco, ainda que não o façam em proporções paritárias, com o intuito de eliminar a incerteza e encontrar a almejada pacificação ao conflito. Se apenas um litigante se sacrificasse, seria o caso de renúncia, desistência ou confissão, mas não de transação.

A Lei n. 14.375/22 estabelece os requisitos e as condições para realização das transações resolutivas de litígio relativas à cobrança de créditos do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies). Embora o inadimplemento sempre tenha existido nessa modalidade de empréstimo, com a pandemia houve um aumento exponencial de estudante com débitos vencidos. Poderão realizar a transação, por meio de adesão, aqueles que contrataram o FIES até o segundo semestre de 2017 e cujos débitos estejam vencidos há mais de 360 (trezentos e sessenta) dias ou há mais de 90 (noventa) dias.

2. CARACTERÍSTICAS DA TRANSAÇÃO

Pela dicção do artigo 842 do Código Civil, o contrato de transação pode ser celebrado por instrumento particular ou por escritura pública. Sempre deverá ter a forma escrita, pois sua finalidade é prevenir ou extinguir litígio. Deverá ser levado a efeito por escritura pública, necessariamente, quando a lei assim o exigir; é o caso dos direitos reais imobiliários e dos casos que envolvem interesses de pessoa analfabeta.

A transação é contrato bilateral, consensual, oneroso e comutativo, e, como todo negócio jurídico, exige a capacidade dos transatores ou transigentes. Ademais, a transação poderá demandar atos complementares ao seu aperfeiçoamento, como uma cessão de crédito, outorga de escritura, concretizando-se a transferência de

8. Confira-se, por todos: PASQUALOTTO, Adalberto. Contratos nominados III: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) *Biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 9, p. 284; DELGADO, José Augusto. Das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil: arts. 803 a 853, v. XI, t. 2*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 325-326.

9. ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado: artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 827.

ativos. Quanto à transação extrajudicial, cujo objetivo seja o de prevenir litígios, evitando a futura demanda, o instrumento particular será a via adequada para sua instrumentalização, sendo de cautela o reconhecimento de firmas e a assinatura de testemunhas. Ilustrativamente, permite o artigo 2.015 do Código Civil a partilha amigável por escrito particular, quando todos os herdeiros forem maiores e capazes.

Por outro lado, quando se tratar de transação levada a efeito para o encerramento de um litígio – modalidade usualmente designada como transação extintiva –, seja por um juiz ou por um árbitro, as partes o farão por escritura pública, admitindo-se documento particular, desde que transposto aos autos por termo firmado pelos interessados, sendo dispensadas as assinaturas de advogados, com conferência cartorária para posterior homologação judicial. Neste último caso, a sentença homologatória encerrará o processo com a resolução do mérito (art. 487, inciso III, “a”, do CPC).

Além dessas características e peculiaridades, algumas outras notas pontuais sobre a transação devem ser apresentadas.

2.1 Limites subjetivos e objetivos

Os tutores e curadores, nos termos dos artigos 1.748, III, e 1.774, do Código Civil somente podem transacionar se autorizados judicialmente, pois, para que se possa fazer concessão sobre um direito, é imprescindível que sobre ele se possa livremente dispor, de modo que “a transação, portanto, é um contrato que não permite a sua celebração para prevenir ou para pôr fins a qualquer tipo de litígio.”¹⁰ Ainda, vale lembrar que a transação encontra limites na natureza dos direitos e interesses envolvidos: direitos pessoais, via de regra, tratarão de temas não relacionados aos usos empresariais e serão usualmente direitos inalienáveis; podem, não obstante, produzir efeitos econômicos. Assim, não podem ser renunciados direitos indisponíveis, como anuncia o artigo 841 do CC: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

A redação transcrita é a mesma que vigorava ao tempo do Código Civil de 1916 (art. 1.035). Os direitos indisponíveis e extrapatrimoniais, por não serem passíveis de transação, acarretarão nulidade por ilicitude de objeto aos pactos que deles tratem (art. 166, II, CC). Por certo, apenas os direitos e interesses economicamente apreciáveis podem ser transacionados.

O sentido da norma tem como escopo a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da Constituição da República (art. 1º, III) –, não se autorizando que uma parte renuncie total ou parcialmente a direito ou interesse seu e de maneira a se colocar ou a se submeter a situações que violem aspectos de sua existência. Assim, não podem ser renunciadas as ações de estado e os direitos

10. DELGADO, José Augusto. Das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*: arts. 803 a 853, v. XI, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 306.

da personalidade, que, por expressa previsão do artigo 11 do CC, são inalienáveis e irrenunciáveis.¹¹ A título de exemplo, pode-se destacar a inviabilidade de uma transação que avilte a honra ou a intimidade de um dos transatores. Ao contrário, é possível que se cogite de transação acerca do *quantum* da reparação por dano moral, tratando-se apenas da repercussão econômica da violação a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.¹²

Matéria de ordem pública¹³ e bens fora do comércio não são alcançados pela transação. Assim se passa com os bens gravados com cláusula de inalienabilidade. Da mesma forma, por meio da transação não se pode admitir que a pessoa seja submetida ao estado de miserabilidade, afrontando o mínimo existencial.¹⁴ É nesse sentido que o artigo 548 do Código Civil veda a doação de todos os bens sem reserva de parte ou de renda suficiente para a subsistência do doador. Porém, nada impede que um casal celebre transação sobre a melhor forma de fracionamento patrimonial, pela natureza do regime de bens.

De se registrar, nesse aspecto, que há grande polêmica quanto à transação no âmbito dos alimentos¹⁵, pois ninguém admite acordo para extinção de prestar alimentos para filhos menores, porém, a redução de valor é compreensível em certos contextos, sempre sujeita à reavaliação posterior por sua ínsita natureza *rebus sic stantibus*.¹⁶

Na seara trabalhista, a transação é válida desde que não abarque direitos garantidos pela Constituição da República, isto é, a transação deve se referir àqueles direitos descritos no art. 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Em relação ao contrato individual de trabalho, a transação somente terá validade com a intervenção das comissões de conciliação prévia, caso existentes, ou com assistência do sindicato da categoria profissional do empregado. Inclusive, de se registrar o fato de a Lei nº

11. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23-30.

12. ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado: artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 828-829.

13. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. II, p. 661. Comentam: "Entretanto, não é só por interessarem à ordem pública compreendida em sentido estrito que tais matérias não são sujeitas à transação. Em lugar da tradicional referência à imprecisa ideia de ordem pública deve-se fazer menção aos inafastáveis direitos e garantias fundamentais, aos princípios constitucionais hierarquicamente superiores às demais normas, tais como a solidariedade social, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, os direitos existenciais interessam sobremaneira à ordem pública compreendida em sentido mais alargado, pois cabe a ela nos dias atuais e, em última análise, dar efetividade ao princípio diretor máximo do ordenamento brasileiro: assegurar à pessoa humana a tutela de sua dignidade, especialmente em situações nas quais ela abdica de direitos, como ocorre no contrato de transação. O que é fundamental, portanto, é reconhecer na transação um ato de autonomia privada, que não é, portanto, objeto de tutela em si, mas apenas pode ser-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento."

14. Sobre o tema, conferir, por todos, ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

15. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.23.

16. Nesse contexto, a previsão do artigo 13 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso): "As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil".

13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) ter acrescentado o art. 507-B¹⁷ à CLT, o qual, de forma indireta, confere validade à transação extrajudicial no âmbito do contrato individual do trabalho, ainda que obtida durante a vigência do contrato de trabalho.

Dessa forma, surgindo um conflito laboral durante a existência de relação de emprego entre as partes, tal conflito poderá ser extinto por uma declaração firmada pelo empregado, conferindo quitação às verbas trabalhistas que, expressamente, constarem no instrumento respectivo. Todavia, a quitação só produz efeitos em relação às obrigações discriminadas, com validade anual e homologada pelo sindicato da categoria profissional do empregado. Por outro lado, a adesão do empregado a eventual Plano de Demissão Voluntária, instituído pela empresa, também poderá implicar transação judicial, com quitação total das verbas indicadas no respectivo termo, desde que haja autorização em convenção ou acordo coletivo de trabalho, conforme permissivo contido no art. 477-B¹⁸, introduzido à CLT pela Lei nº 13.467/17.

2.2 Transação e cláusula penal

Avançando, registra-se o cabimento da estipulação de cláusula penal na transação, por expressa disposição contida no artigo 847 do Código Civil: “É admissível, na transação, a pena convencional.” A previsão é decorrência natural de todo e qualquer contrato. No caso, as partes podem estabelecer uma cláusula penal para a hipótese de inadimplemento das obrigações decorrentes da transação.

Infelizmente, o processo obrigacional que resulta de uma transação nem sempre termina com o cumprimento das concessões feitas pelas partes. Antevendo a possibilidade de descumprimento, dependendo de se tratar de um atraso ou da total inexecução da obrigação, a cláusula penal moratória (art. 411, CC) ou compensatória (art. 410, CC) estabelecerá previamente uma indenização ou uma penalidade contratual para a parte infratora, conforme os termos em que foi redigida.¹⁹ É essa a razão pela qual a cláusula penal deve ser inserida na avença (ou mesmo em instrumento destacado do principal).

3. EFICÁCIA

As partes efetuam concessões sobre direitos e interesses. Assim, apenas os interessados que participaram da transação podem ser afetados por seus efeitos ou seja, é *res inter alios acta* perante terceiros. Como em todos os contratos, os limites subjetivos são respeitados e os efeitos são relativos ao patrimônio dos transatores,

17. “Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.”

18. “Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.”

19. ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 53-56.

tal como na coisa julgada (art. 506, CPC). Por essa razão, o Conselho da Justiça Federal, no Enunciado 442²⁰, expressa o entendimento de que a falta de participação do advogado na transação não afeta seus direitos sobre os honorários de sucumbência²¹ fixados na sentença ou acórdão.

3.1 Transação e fiança

O fiador será afetado com a transação da qual não figure, ficando desobrigado de qualquer prestação devido ao próprio princípio da gravitação jurídica. Sendo extinta a obrigação principal, extingue-se a acessória.²² É o que se depreende do parágrafo primeiro do artigo 844 do Código Civil, segundo o qual, “se for concluída entre o credor e o devedor, [a fiança] desobrigará o fiador”. Também é o que ocorre na dação em pagamento, na novação e na moratória.

Evidentemente, se o fiador avalizar a transação a sua responsabilidade será preservada se o débito a que garante também o for. Quando a transação ocorrer entre credor solidário e o devedor, será extinta a obrigação deste para com os demais credores (art. 844, §2º, CC). Isso porque, quando há solidariedade ativa, qualquer dos credores pode cobrar a dívida e lhe dar quitação diante do pagamento eficaz (arts. 267 e 269, do CC), e, posteriormente, os demais credores solidários resolverão a questão interna por meio de rateio, arcando cada qual com sua quota-parte.

Da mesma forma, a transação entre um dos devedores solidários e seu credor extinguirá a obrigação em relação aos demais devedores (art. 844, §3º, CC), pois, na hipótese de solidariedade passiva, a obrigação será única, de modo que qualquer dos devedores pode pagar a dívida (art. 275, CC). E, naturalmente, o devedor que realizar a transação terá direito de regresso contra os demais devedores solidários, proporcionalmente aos valores convencionados (arts. 283 e 346, III, do CC).²³

-
20. Enunciado 442: “A transação, sem a participação do advogado credor dos honorários, é ineficaz quanto aos honorários de sucumbência definidos no julgado.”
 21. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 653 a 853 – Contratos (em espécie). In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 14. ed. Barueri: Manole, 2020, p. 858.
 22. ZULIANI, Ênio Santarelli. Da transação. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1205. Anota: “A transação é modo contratual de extinguir a obrigação e, evidentemente, extinta ou modificada, alcança a fiança que é uma garantia acessória.”
 23. Decidiu o STJ que “A inexistência de responsabilidade solidária por fato do produto entre os fornecedores da cadeia de consumo impede a extensão do acordo feito por um réu em benefício do outro”. A questão concerne a definir se o acordo firmado por um dos réus, em ação indenizatória ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, deve aproveitar aos demais corréus, a teor do que dispõe o § 3º do art. 844 do Código Civil, ao fundamento de se tratar de responsabilidade solidária. O caso trata de ingestão parcial de produto contaminado, tendo em vista que a parte consumiu parte de um suco contendo um corpo estranho em seu interior. A Segunda Seção da Corte Superior decidiu que a existência de corpo estranho em produtos alimentícios, como no caso, configura hipótese de fato do produto (defeito), previsto nos arts. 12 e 13 do Código de Defesa do Consumidor, não se tratando de vício do produto (CDC, art. 18 e seguintes). Essa diferenciação é importante para analisar a existência ou não de solidariedade entre as rés. É que, em relação à responsabilidade por vício do produto ou serviço, o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor

3.2 Transação e os efeitos da evicção

O artigo 845 do Código Civil prevê que, “dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos”. Noutras palavras, mesmo diante de sua eficácia declaratória, a transação poderá implicar a renúncia ou a transferência da coisa por uma das partes à outra. Trata-se de requisito para que se alcance a almejada pacificação do conflito.

Com isso, havendo o reconhecimento do direito de um terceiro sobre a coisa transacionada, isto é, ainda que, *a posteriori*, ocorra a evicção, a obrigação originária não será restaurada.²⁴ Com isso, a transação encerra definitivamente o litígio e, na hipótese em questão, o evicto poderá apenas demandar as perdas e danos decorrentes da evicção se o transator transferente puder ser responsabilizado pelo vício jurídico que a acarretou.²⁵

Nota-se que a solução atribuída ao caso de evicção pelo legislador, no caso de transação, é diferente do que dispõe o artigo 359 do CC quanto ao pagamento. Basicamente, se a coisa dada em pagamento for objeto de evicção, a obrigação primitiva será restabelecida. Esse tratamento diverso se justifica porque, na transação, tem-se um contrato. Espera-se maior segurança jurídica para que sua eficácia seja preservada. Por sua vez, na mera dação em pagamento – que é forma extintiva da obrigação com substituição na prestação original – não se tem a mesma expectativa. Por isso, a garantia da evicção estabelecida na parte geral do Código (mais especificamente nos arts. 447 a 457) não se aplica à espécie contratual denominada transação.

O parágrafo único do artigo 845 ainda dispõe que, após a transação, se a parte que renunciou ou transferiu a coisa vier a adquirir novo direito sobre esta, não ficará inibida de exercer seus direitos.²⁶ Trata-se da hipótese de surgimento de novo direito

não faz qualquer diferenciação entre os fornecedores, estabelecendo a responsabilidade solidária de todos eles. Percebe-se que a regra geral acerca da responsabilidade pelo fato do produto é objetiva e solidária entre o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, a teor do art. 12 do CDC. Ou seja, todos os fornecedores que integram a cadeia de consumo irão responder conjuntamente independentemente de culpa. Ocorre que, ao tratar da responsabilidade do comerciante pelo fato do produto, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou de forma diversa, estabelecendo a responsabilidade subsidiária, conforme se verifica do disposto no art. 13, incisos I a III, do CDC. Isto é, o comerciante somente será responsabilizado pelo fato do produto ou serviço quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados (incisos I e II) ou quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis (inciso III). Em conclusão, inexistindo responsabilidade solidária não há que se falar em extensão do acordo feito por um réu em benefício do outro, tendo em vista a inaplicabilidade da regra do art. 844, § 3º, do Código Civil (REsp 1.968.143-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3. T, julgado em 08/02/2022).

24. Conferir, sobre o tema: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 653 a 853 – Contratos (em espécie). In: PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 14. ed. Barueri: Manole, 2020, p. 859; DELGADO, José Augusto. Das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*: arts. 803 a 853, v. XI, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 240.
25. ZULIANI, Ênio Santarelli. Da transação. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1205.
26. ZULIANI, Ênio Santarelli. Da transação. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1205. Exemplifica: “Para exemplificar

sobre a coisa, não podendo aquela parte ter seus direitos prejudicados pela transação anterior. Assim, se o transator transferiu o bem e posteriormente faz jus a ele como herdeiro, a transação não o impedirá de reivindicar o bem de sua titularidade, caso a posse se encontre com terceiro.

3.3 Transação e ação penal

O artigo 846 do Código Civil reproduz previsão que já existia à época do vetusto CC/16, com nítida inspiração no princípio da relativa independência das instâncias civil e penal, estabelecido no art. 935 do Código Civil.²⁷ Dessa forma, se as partes transacionam sobre direito patrimonial disponível, a exemplo do direito de indenização decorrente de crime, a ação penal não ficará impedida e o seu resultado não será influenciado pela concessão econômica do réu no bojo da transação, pois o acerto financeiro não presume a sua culpabilidade.²⁸ De se ressaltar, ademais, que, mesmo nos crimes de ação penal privada, a indenização paga à vítima não impede a apresentação de queixa, por força do que prevê o artigo 104, parágrafo único do Código Penal.

A Lei 9.099/95 traz exceção que merece comentário específico. Está previsto, em seu artigo 75, que a composição dos danos civis homologada judicialmente implicará a renúncia ao direito de queixa ou representação.²⁹ Nos crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não supere dois anos (art. 61), é cristalino o intuito de direcionar o acusado à reparação, porém a transação civil em nada impactará o desfecho da ação civil reparatória.

4. ANULABILIDADE E NULIDADE DA TRANSAÇÃO

O artigo 848 do Código Civil é assertivo: “Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.” Sobre o tema, ressalta-se que, em regra, aplica-se o princípio da preservação dos contratos, por força do artigo 184 do Código Civil. E,

deve ser mencionada hipótese de uma disputa possessória pura de um imóvel de propriedade de terceiro e o interessado “B” reconhece a melhor posse do “A”, concordando em extinguir a ação de manutenção de posse; porém, caso posteriormente “B” venha adquirir o domínio diretamente do dono, a transação anterior celebrada com “A” não o impedirá de ingressar com ação reivindicatória prevista no art. 1.228 do CC ou imissão na posse em busca da obtenção da posse da coisa adquirida.”

27. “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”
28. ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*: artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 830.
29. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 653 a 853 – Contratos (em espécie). In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 14. ed. Barueri: Manole, 2020, p. 860-861. Comenta: “Apenas se deve ressaltar, ante a superveniência da Lei n. 9.099/95, que, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, como tal compreendidas as contravenções e os crimes punidos com pena não superior a dois anos (art. 61), sendo a ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, aí então implicará respectiva renúncia o acordo sobre a composição dos danos civis, mas desde que reduzida a escrito e homologada pelo juízo, na forma da referida Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 74, *caput* e parágrafo único).”