

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E
RESPONSABILIDADE CIVIL

LÚCIO FLÁVIO MORAES DE AZEVEDO

O CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO E A
INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SUA RESOLUÇÃO

Porto Alegre

2013

LÚCIO FLÁVIO MORAES DE AZEVEDO

O CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO E A
INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SUA RESOLUÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil, pelo Curso de Especialização em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Daniel Ustárroz

Porto Alegre

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

O CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO E A
INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SUA RESOLUÇÃO

por

LÚCIO FLÁVIO MORAES DE AZEVEDO

Trabalho monográfico apresentado à Banca Examinadora em __/__/____, como requisito para conclusão da Especialização em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil, pelo Curso de Especialização em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Banca Examinadora

Professor Orientador

Daniel Ustárroz

Professor Membro

Professor Membro

*À minha noiva, por preencher
minha alma e me mostrar ser o
amor também conhecimento.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, ou a quem suas vezes faça, que inspira as pessoas, dá a força necessária e as sustenta nos momentos de dificuldade, através da fé.

A vida, que de forma nem sempre compreensível, mostra-me o caminho e, ao final de cada etapa, me recompensa com conquistas.

A minha mãe Joecy e avó Diná, que partiram e se ausentaram da minha vida, mas de quem sinto a presença nos momentos de alegria, tristeza, ou simplesmente saudade. Por terem me ensinado que o caráter, a verdade e a perseverança são as únicas formas de alcançar os sonhos. Por incentivarem a buscar meus objetivos, ter ânsia pelo conhecimento e prazer pelo trabalho. Amor eterno e sempre vivo em meu coração.

À minha noiva, que acompanhou pacientemente minha jornada e compreendeu minha ausência durante a especialização, tomando conta de mim e de tudo que se fez necessário. Sem quem não seria possível ter chegado até o fim. Meu amor por ti é o laço mais forte que pode haver entre duas pessoas e jamais se desfará.

À família da minha noiva, por me adotar integralmente, como se filho fosse, e me permitir sentir novamente o afago do lar.

Aos amigos, que para minha alegria são muitos, desde vizinhos, passando pelos do futebol, Macho Veio e aqueles de sempre, que tanta felicidade proporcionam e com quem sempre posso contar, externando minha gratidão na pessoa do companheiro Elias da Silveira Neto.

Aos colegas do escritório Ody & Keller Advocacia, que herdou meu carinho pelo eterno mestre Velmi Abramo Biason. Em 10 anos vivenciamos muitos bons momentos, outros nem tanto, mas todos servíveis ao crescimento pessoal e profissional. Obrigado pela paciência e empatia com este eterno aprendiz.

À professora Cristina Stringari Pasqual, coordenadora do curso, que se esmerou na disponibilização do melhor conteúdo para nos tornar verdadeiros especialistas em matéria contratual e responsabilidade civil, bem assim aos colegas de curso, a quem saúdo na pessoa do grandioso líder Ari Job Junior.

Finalmente, ao professor Daniel Ustároz, verdadeiro entusiasta, que primeiramente permitiu minha iniciação em publicações científicas e, depois, me outorgou tempo e conhecimento para elaboração desta monografia. Obrigado!

Verdade irrecusável, e sem que se precise descer a baixo materialismo, é que a felicidade da vida, a expressão moral e intelectual, científica ou artística do homem está intimamente, se não visceralmente, ligada à sua estabilidade, equilíbrio e bem estar econômicos.

- Fortunato Azulay -

RESUMO

A vida em sociedade tem se tornado cada vez mais aprazível com a comodidade proporcionada pelos inúmeros bens que o conhecimento e a tecnologia permitiram desenvolver. Mas o homem, mesmo com seu esforço singular, não pode tudo produzir. Somente mediante operações de troca terá acesso à universalidade de bens disponíveis. Assim, cada um fornece seu trabalho para produção deles. Poderá, a partir de então, permitir que outros adquiram o que produz e, com o fruto do seu labor, obter o que almeja.

A compra e venda, nesse contexto, se revela de extrema importância, na medida em que é a forma contratual mais utilizada nessas operações de troca e circulação da riqueza produzida. Através dele, um sujeito proporciona a aquisição de um bem, para o que outro alcança a respectiva contraprestação, consubstanciada no preço.

Ocorre que nem todos dispõem da integralidade do preço para adquirir o objeto pretendido. Por outro lado, é de interesse do seu detentor vendê-la, para que possa adquirir outras coisas que lhe são necessárias. Nessa conjuntura, apresenta-se como solução a compra e venda à crédito, modalidade pela qual uma parte alcança a outra certa coisa e permite que pague o preço em parcelas diferidas no tempo. Porém, depara-se o vendedor com o problema da garantia de que o comprador efetuará o pagamento de todas as prestações.

A solução dada pelo direito é a constituição de garantia sobre o próprio bem. Assim, se equaliza a questão, alcançando ao comprador a posse e a propriedade resolúvel. Resta, ainda, ao vendedor o domínio, ficando sua transferência sob condição suspensiva até a integralização do preço, quando o adquirente funde posse e domínio.

Extinguindo-se o contrato pelo pagamento, nenhum problema de interesse do direito advirá. Todavia, inadimplindo o comprador com sua prestação, o vendedor poderá resolver o contrato, efetuando a busca e apreensão do bem.

Restará, nessa hipótese, a indenização pelos danos contidos expressamente na legislação, além daqueles que a lei demanda a interpretação dos operadores do direito. É o ressarcimento da integralidade dos danos suportados pelo comprador que interessam ao presente estudo.

Palavras-chave:

Contrato – compra e venda – reserva de domínio – garantia – coisa infungível – mora – inadimplemento – resolução – indenização – danos – o mais que de direito lhe for devido

ABSTRACT

The social life has improved and become more and more enjoyable with the convenience provided by the numerous goods that knowledge and technology enabled to develop.

But man, with his singular effort can't produce anything. Only through the exchange of operations do we have access to the goods available. So, each one supplies their work to produce goods. This allows others to acquire what they need to produce and, with the fruit of their labor, get what they yearn.

Buying and selling, in this context shows its extreme importance, it's is the contractual form most used in this exchange of operations and circulation of wealth is produced. Through this, a subject provides the acquisition of a good, for what the other attains respective payment, substantiated in the price.

Occurs that not everybody has the entirety of purchase price for the intended object. On the other hand, it is the interest of the holder to sell it, so you can buy other things that are necessary.

At this juncture, a solution presents itself as to buy and sell on credit, a modality by which one part attains a certain item and the other allows you to pay the price in deferred installments in time. However, the seller is faced with the problem of ensuring that the buyer will pay all the installments.

The solution given by the law is the constitution guarantee on their own good. Thus, it equalizes the issue, reaching the buyer the possession and ownership resolvable. It remains to the seller the area, on the transfer under condition precedent to the payment of the price, when the acquirer merges possession and control.

Finalizing the contract for payment, it will be all right by the law. However, if the buyer delays its installment, the seller may terminate the contract, performing search and seizure of the good.

It will remain, in this case, the indemnity for damages expressly contained in the law, in addition to those that the law requires the interpretation of legal ones. It is the compensation of the entirety harm experienced by the buyer, of interest to this study.

Keywords:

Contract - buying and selling - domain booking - warranty - infungible thing - live - default - resolution - damages - damages - the more you are entitled to due

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
SUMÁRIO.....	9
INTRODUÇÃO.....	10
1 ELEMENTOS DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO E A CONDIÇÃO PARA EXECUÇÃO DA CLÁUSULA ESPECIAL.....	13
1.1 Contrato de compra e venda com reserva de domínio.....	13
1.2 Instrumentalização e coisa possível de caracterização perfeita.....	26
1.3 Constituição do devedor em mora e a execução da cláusula especial.....	35
2 INDENIZAÇÕES DEVIDAS EM RAZÃO DA RESOLUÇÃO.....	46
2.1 Danos positivados.....	46
2.2 A problemática do “mais que de direito lhe for devido”.....	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

INTRODUÇÃO

A compra e venda é a modalidade contratual mais presente no cotidiano das pessoas, seja através de contratos mais imediatos, em que a prestação e a contraprestação se dão quase que instantaneamente, ou daqueles que se desenvolvem no tempo, criando uma relação continuada entre as partes. De uma forma ou de outra, o fato é que todos se sujeitam a pactos para comprar e vender bens.

O crédito revela-se uma importante ferramenta para difundir a compra e venda. Permite que pessoas que não disponham da importância total referente ao preço adquiram bens de forma parcelada, pagando prestação durante determinado período. Entretanto, esse crédito permite imediatamente ao comprador extrair toda a comodidade e gerar riqueza com a coisa adquirida.

Além disso, ao vendedor também se mostra como modalidade que vai ao encontro dos seus interesses, pois pode vender bens em escala, atingindo um número maior de potenciais compradores.

Embora aparentemente seja uma operação vantajosa para ambos, carece de elemento de garantia ao vendedor, fundada não na mera crença de que o comprador pagará todas as prestações do preço, mas em algo concreto, que possa satisfazer o crédito daquele.

Consubstanciando-se a coisa vendida em bem de valor e com liquidez, capaz de servir de garantia de pagamento do preço pelo adquirente, o direito resolveu o problema fazendo com que o próprio objeto da compra e venda sirva de segurança ao adimplemento.

Para tanto, desmembrou-se a propriedade da coisa fungível em posse e domínio. Assim, é possível que cada uma delas fique com um dos contratantes. Imediatamente, o comprador passa a exercer a posse, sendo permitido fruir plenamente do bem. Por outro lado,

o vendedor reserva para si o domínio, que serve de garantia do pagamento integral do preço.

Extinguindo-se o contrato pela forma ordinária, com o pagamento de todas as parcelas, finda a condição suspensiva da plena propriedade em que consiste a garantia, unificando posse e domínio, que, automaticamente integrarão o patrimônio do comprador, agora também pleno proprietário.

Ocorre que nem toda a relação contratual se desenvolve até alcançar a extinção pela satisfação das obrigações encerradas no instrumento. Diante disso, é atribuição do direito dar soluções adequadas para restabelecer o equilíbrio e cessar os efeitos do inadimplemento da avença a que se sujeita o lesado.

No caso do contrato de compra e venda com reserva de domínio, atendidos os requisitos previstos no Código Civil, de o pacto estar estipulado por escrito, do objeto da compra e venda ser passível de caracterização perfeita e, ocorrido o inadimplemento, ser o devedor constituído em mora, surge para o credor opções para levar a efeito a garantia.

Sobrevêm direito formativo, que autoriza ao vendedor realizar a cobrança das parcelas vencidas e vincendas do contrato ou proceder a busca e apreensão do bem sobre o qual recai a garantia.

Essa última alternativa conduzirá à resolução do contrato, salvo ao comprador que houver pago mais de 40% do preço e purgar a mora em determinado prazo depois de intentada a medida com vistas a buscar e apreender o bem.

Exercida a pretensão resolutória e buscada e apreendida a coisa vendida, deverá o vendedor ser indenizado, através da retenção das parcelas pagas e, não sendo suficiente, da cobrança do saldo. As rubricas indenizáveis, segundo a lei civil e processual civil, são a depreciação da coisa e as despesas judiciais, extrajudiciais e outras despendidas. Também, o que mais que de direito for devido.

As primeiras estão previstas expressamente e são facilmente identificáveis, equivalendo à diferença entre o valor do bem na ocasião da compra e venda e aquela aferida quando realizada a busca e apreensão, bem assim as despesas para propositura da ação, as necessárias para constituição em mora do adquirente e outras que decorram da execução da cláusula especial para satisfazer a garantia.

Mas a segunda é aberta e requer o exercício interpretativo do direito para definir o que poderá ser de direito devido por conta da resolução do contrato de compra e venda com reserva de domínio.

Diante disso, erigir-se-ão as hipóteses e far-se-á a validação do que é indenizável ao vendedor lesado pelo inadimplemento, que tenha optado pela busca e apreensão do bem,

como resultado da pesquisa científica realizada na doutrina especializada, expor-se-ão as inferências que o estudo do tema permite extrair.

1 ELEMENTOS DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO E A CONDIÇÃO PARA EXECUÇÃO DA CLÁUSULA ESPECIAL

1.1 CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO

As relações sociais se desenvolvem em conformidade com as necessidades dos sujeitos que constituem a sociedade. Os interesses aproximam as pessoas, sejam eles de qualquer natureza, pois o homem busca aquilo que lhe falta no próximo que tem condição de alcançar-lhe.

Presente o interesse que uma pessoa tem em relação à outra, notadamente quanto à troca de bens com conotação econômica, é importante que uma parte ponha à contraparte sua pretensão e o que dispõe a alcançar para obtê-la. Essa disposição de mutualidade requer, todavia, regulação da operação de troca.

É indiscutível a utilidade do contrato, mormente para o fim de evitar a estagnação social. Sem dúvida, constitui-se o contrato no instrumento destinado a regular as relações econômicas entre os indivíduos de todas as classes sociais, quer promovendo a circulação de riquezas, quer prevenindo, conservando ou constituindo direitos.¹

Ao ordenar as relações econômicas entre os indivíduos, se estará permitindo que os bens detidos por uns, sejam alcançados a outros. Também, estabelecer-se-á em que conjuntura jurídica se desenvolverá essa relação e quais direitos e obrigações as partes podem exigir e devem alcançar ao seu parceiro.

É possível aos sujeitos da sociedade a produção dos mais diversos bens, valendo-se

¹ LUZ, Valdemar Pereira da. *Curso de contratos*. 2.ed. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1994. p. 13.

de sua capacidade intelectual e de sua força de trabalho, desde aqueles cujo desenvolvimento seja simples e remeta a épocas remotas até os mais complexos, que demandam múltiplas etapas, avançado conhecimento e tecnologia.

Entretanto, a toda evidência, individualmente tudo não poderá produzir, seja pela diversidade quase infinita de bens existentes ou porque a dedicação à produção de um determinado permitirá melhor desenvolvê-lo. Por isso, a troca e a reciprocidade se apresentam como ferramentas imprescindíveis para circulação de bens.

O homem pode (...) obter (...) por seu esforço pessoal, tudo quanto seja do seu interesse, se utilizar da cooperação de outros indivíduos para alcançar suas finalidades. (...). O sistema de cooperação entre as pessoas assumiu formas bastante complexas no mundo moderno. Diuturnamente um mesmo indivíduo se beneficia da atividade de milhares de outras pessoas, em virtude da existência dessas relações completas de cooperação mútua. (...). O homem criou um sistema jurídico próprio para regular as relações de cooperação entre as pessoas e denominou esse ramo da ciência jurídica de 'Direito das obrigações.'²

Se a mutualidade de direitos com o objetivo de fazer circular bens e riqueza se determinou ser o ramo do direito das obrigações, ao instrumento através do qual as pessoas se obrigam a prestações denominou-se contrato³.

São vários os contratos previstos em lei, os quais se dizem típicos. Entretanto, desde que não se versem de conteúdo defeso em lei, todas as relações jurídicas podem ser objeto de contrato, sendo, então, atípicos.

Dentre as diversas avenças típicas, “por seu substrato econômico a *compra e venda* é um dos contratos mais frequentes e de maior importância social como instrumento da circulação dos bens”⁴.

O objeto do contrato de compra e venda prevê, em síntese, a hipótese de transferência da propriedade de uma parte a outra de um determinado bem, mediante o pagamento da quantia representativa dele e exigida para aperfeiçoar o negócio.

(...) a compra e venda pode ser definida como o contracto mercê do qual uma das partes (o vendedor) se obriga a transferir ao outro contrahente (o comprador) o domínio de certa coisa (objecto), mediante o pagamento de uma determinada importancia em dinheiro (preço), que este ultimo contrahente (o comprador) paga, ou se obriga a pagar.⁵

² PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25-27.

³ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25-27.

⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 265.

⁵ OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 5.

Ainda que simples a definição, a importância do contrato de compra e venda decorre da sua abrangência, regulando desde as transferências mais simples e imediatas, como a aquisição de bens de consumo instantâneo, até as mais complexas, como a de imóveis, equipamentos, maquinário, dentre outras, que demandam a previsão de maior número de situações possíveis de ocorrer no seu desenvolvimento.

Com a evolução da sociedade, surgiram situações que exigiram o aperfeiçoamento do contrato de compra e venda, criando-se formas de pagamento diversas, tratando sobre o momento da transferência da propriedade e garantias, tudo de forma a atender os novos anseios sociais e dar maior dinamicidade à circulação de bens.

Por isso, mais modernamente tem-se que a compra e venda

é o contrato que mais uso oferece, a partir da constatação de que é pela aquisição de bens em disponibilidade que o homem realiza os seus desejos naturais ou advindos do convívio no mundo relacional. De outra parte, possibilita a movimentação de bens e de riquezas, ocasionando as mutações patrimoniais, os câmbios de posições entre as pessoas envolvidas e diferentes novos negócios a cada operação efetivada.⁶

Diante da evolução do contrato de compra e venda as normas aplicáveis a ele se mostraram insuficientes para regular as situações variadas que passaram a advir, como derivações desse gênero de avença. A necessidade fez com que a legislação passasse a tratar também das espécies originárias do pacto simples.

Em razão da importância e frequência, a compra e venda trata-se do contrato mais minuciosamente regulado pela lei, tanto na hipótese de compra e venda pura e simples, como nas numerosas cláusulas e subespécies da avença padronizada⁷.

A especialização das cláusulas da compra e venda tinha por objetivo adequar-se às novas necessidades dos contratantes, verificadas no cotidiano. Surgiram, a partir de então, não só dispositivos legais como novas normas, codificações e institutos de direito.

A compra e venda pode ser qualificada por diferentes cláusulas que, surgidas na prática negocial para a defesa de interesses específicos de uma das partes ou de outrem, acabaram cristalizando-se nas codificações e em leis próprias, como determinantes de regimes jurídicos especiais.⁸

Situação que se apresentou com frequência foi quanto à forma de pagamento. A coletividade queria possuir os bens, contudo nem todos dispunham de numerário para aquisição imediata. Assim, os vendedores os tinham para oferecer aos pretensos compradores, mas não conseguiam colocar em circulação devido à escassez de disponibilidade de dinheiro

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 15.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 5.

em espécie.

Mostrou-se adequado acreditar, na acepção da palavra, nos compradores e permitir que adquirissem coisas mediante o pagamento de forma diferida no tempo. Logo, o crédito se revelou uma alternativa para acelerar o ritmo de disponibilização de bens e movimentação de riqueza.

Era a satisfação dos anseios do vendedor, que fazia circular seus bens e recebia os valores correspondentes em certo prazo, em prestações exigíveis periodicamente. Também, a do comprador, que podia fruir da coisa, suprir suas necessidades pessoais e cumprir a obrigação de pagar conforme sua disponibilidade, com a produção e circulação daquilo que, por sua vez, produzia.

Mas para tanto, nada obstante a confiança depositada, revelava-se salutar obter uma garantia do crédito concedido ao comprador, pois o simples crer nele não importaria necessariamente na certeza de pagamento de todas as parcelas do preço convencionadas.

As vendas a crédito constituem a conotação comercial deste século, sendo tão frequentes quanto as efetuadas à vista. Por tal razão e pela complexidade dos negócios, os economistas e legisladores tomaram maior atenção pelo problema representado pela garantia dos vendedores.⁹

Tinha-se, até então, os contratos como instrumento necessário à circulação de bens. Também, que o pagamento do preço não necessitava ser feito em um único momento, podendo ser diferido no tempo. Restava, todavia, a questão da garantia ao vendedor de que receberia a integralidade do crédito concedido ao comprador.

Para adequar-se à realidade social e fazer o direito subsumir essa forma de contratar a compra e venda, legisladores e juristas debruçaram-se sobre a questão das formas que permitissem ao vendedor alcançar a coisa ao comprador sem, contudo, desvincular-se absolutamente dela, só o fazendo mediante o implemento do preço.

O Código Civil faculta aos contraentes a inclusão de determinadas cláusulas que condicionam a concretização do contrato de compra e venda à realização de um ato futuro ou incerto, a ser praticado por uma das partes contratantes, ora operando-se uma condição suspensiva ora uma condição resolutiva.¹⁰

A inserção de formas de garantir o pagamento do preço em prestações no transcurso de lapso temporal alterou a natureza da compra e venda, caracterizada até então pela instantaneidade da entrega da propriedade do bem e do pagamento integral do respectivo

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 27.

⁹ LANA, João Bosco Cavalcanti. Reserva de domínio. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, v. 28, 1973. p. 18.

¹⁰ LUZ, Valdemar Pereira da. *Curso de contratos*. 2.ed. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1994. p. 13.

valor. Impôs-se a mutação dos efeitos da compra e venda. Nada obstante, se verificava, ainda, a manutenção da essência da mutualidade.

Imprimem condições, em geral, ao contrato de venda, afetando-lhe os efeitos próprios, a saber: com relação à efetiva integração do bem, com a entrega, ao patrimônio do comprador; à definitiva transmissão de direitos dominiais ao comprador; à consolidação do vínculo e outras. Transformam, pois, o negócio jurídico em condicionado, retirando-lhe a possibilidade de produção imediata e plena de suas conseqüências naturais. Protraem-lhe, ou subtraem-lhe os efeitos, conforme suspensivo ou resolutivo.¹¹

Dessa forma, a solução se deu na atribuição de efeitos diversos à compra e venda ordinariamente concebida, tais como a suspensão da transmissão de todos os direitos inerentes à propriedade do bem e o desfazimento da cedência da posse caso impago o preço mediante as prestações convencionadas.

As garantias para pagamento do preço que se constituíram foram através de mecanismos com traços comuns, tais como: a) não transferir o domínio ao comprador até que este pague integralmente o preço ao vendedor; b) não ser a transferência de domínio coeva da formação do contrato, operando-se posteriormente; c) transmitir-se, não obstante, imediatamente ao comprador a posse da coisa, com as prerrogativas de uso e gozo; d) conciliar-se o interesse do comprador de usar e gozar da coisa desde logo, antes mesmo de pagar o preço, com o do vendedor de não transferir o domínio antes de ser satisfeito o seu crédito¹².

Considerando-se essas possibilidades de garantia possíveis de alcançar ao vendedor, “delinearam-se várias figuras legais para a aludida necessidade, entre as quais a venda a crédito com reserva de domínio, a alienação fiduciária e o contrato de ‘leasing’, entre outras”¹³.

A compra e venda com reserva de domínio, prevista no art. 521 e seguintes do Código Civil, em que se constituiu o objeto deste estudo, é uma das formas de se efetuar a transferência do bem de uma parte a outra, mediante o pagamento diferido no tempo e fazendo da própria coisa a garantia do adimplemento das prestações. Detém requisitos específicos e, embora se aproxime bastante de outras formas legais, delas se diferencia, pois tem natureza própria, distinguindo-se de figuras próximas ou semelhantes, com as quais

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 15.

¹² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3.

¹³ LANA, João Bosco Cavalcanti. Reserva de domínio. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, v. 28, 1973. p. 18.

aparentemente parece se confundir¹⁴.

A cláusula de reserva de domínio aposta aos contratos de compra e venda de coisas móveis não se confunde e é mesmo incombinável com outras formas de garantia do vendedor: a locação-venda, a locação com promessa de venda, a promessa de venda, o depósito e o penhor, o pacto comissório.¹⁵

A mais assemelhada das cláusulas especiais de compra e venda é o pacto comissório, porquanto em ambas as hipóteses há a transferência do bem antes do pagamento integral do preço, o qual se dará em prestações futuras, e o inadimplemento delas fará dimanar os efeitos da condição que garante o negócio.

A diferença reside no efeito atribuído pela doutrina ao pacto comissório, consistente em ser causa de resolução do contrato prevista de forma expressa, embora esteja contido em toda a avença, ainda que de forma tácita.

A venda com reserva de domínio distingue-se do pacto comissório, pois este não passa de modalidade especial de cláusula resolutória expressa, presente tacitamente em todos os contratos de obrigações recíprocas. Em todos os contratos, entendemos que existe a possibilidade de resolução na hipótese de inadimplemento. No pacto comissório, garante-se ao vendedor a possibilidade de rescindir o contrato. Na compra e venda com reserva de domínio, o vendedor mantém a propriedade, podendo reaver a coisa na hipótese de inadimplemento.¹⁶

Assim, a compra e venda com reserva de domínio é cláusula excepcional munida de características próprias, não podendo ser confundida com outras especiais ou com pactos adjetos concebidos pelo direito.

Importante destacar que, absolutamente, não se trata simplesmente de venda em prestações, “pois sua característica consiste no fato de só se transferir o domínio da coisa ao comprador quando este termina o pagamento do preço”¹⁷.

Caracterizada a cláusula de compra e venda com reserva de domínio dentre as demais hipóteses, cumpre demonstrar-se sua importância como ferramenta dinamizadora do comércio e circulação de mercadorias.

A cláusula com reserva de domínio, nos contratos de compra e venda a prazo (...), veio (...) ao encontro daquela dupla necessidade econômica: a dos produtores e intermediários comerciantes para dar escoamento amplo, rápido e seguro a seus produtos; a dos consumidores para permitir a aquisição de acordo com as suas precisões dos artigos que também se iam impondo como indispensáveis.¹⁸

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 378.

¹⁵ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 10.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 316.

¹⁸ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de

Logo, dava a segurança necessária aos vendedores, permitindo alcançar o bem antes de pago totalmente o preço, podendo produzir mais e realizar a venda em maior escala, pois havia garantia do adimplemento.

Como bem define Arnaldo Wald, “o instituto se destina a atender às necessidades dos produtores ou industriais que querem facilitar o escoamento de suas mercadorias e precisam de garantias para realizar as vendas à prestação”¹⁹.

Com a abertura do mercado, a inserção das pessoas no meio consumerista e a estabilização da economia a partir do início da década de 1990, as vendas aumentaram vertiginosamente no Brasil, levando as pessoas a adquirirem bens em prestações mensais, modalidade possível com a contenção da inflação, que anteriormente corroía o sistema monetário.

A utilização mais intensa das vendas com reserva de domínio coincidiu com a multiplicação dos negócios a prestação, fenômeno que se ampliou de maneira assustadora no Brasil, provocado não só por uma causa lógica representada pela necessidade de expansão do mercado consumidor, como também por razões diretamente ligadas à inflação (...).²⁰

Mas a modalidade de venda com reserva de domínio constituía criação doutrinária e tinha por fundamento o direito alienígena, fundado nas práticas da mercancia, há muito tempo contida na legislação de outros países.

Somente com o Código Civil de 2002 é que a modalidade especial de venda foi positivada na legislação brasileira, passando a ser uma cláusula típica, o que facilitou sua aplicação cotidiana e afastou discussões sobre sua utilização.

Nascido na prática mercantil, especial para tornar possível a venda pelo crediário, pois de um lado assegura o vendedor e, de outro, geralmente dispensa o comprador de fornecer garantias adicionais, o *pacto com reserva de domínio* é, hoje, um instituto difundido no mundo dos negócios e regulado pelo Código Civil de 2002 (...).²¹

Antes da entrada em vigor da novel legislação material civil, era utilizada modalidade de garantia afeta à compra e venda com reserva de domínio nas compras a prazo, qual seja, a alienação fiduciária.

A problemática que se impunha era quanto à interposição de uma instituição financeira na relação existente entre as partes, que, de forma sintética, adquiria o bem,

Janeiro: s.N, 1945. p. 10.

¹⁹ WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 269.

²⁰ RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176.

²¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 251.

pagando o comprador, e cedia o uso ao comprador, até a satisfação do mútuo, quando então passava a coisa a integrar o patrimônio desse último.

Até o advento da alienação fiduciária em garantia, para as coisas móveis, com o Decreto-Lei n.º 911, de 1969, a venda com reserva de domínio era amplamente utilizada nas compras a prestações, de uso comum no Brasil. Com o Código Civil de 2002, retoma como valiosa opção negocial. O que distinguia fortemente um tipo de outro era a existência de apenas as partes contratantes, na venda com reserva de domínio, e a inserção de um terceiro figurante – a instituição financeira –, na alienação fiduciária em garantia sempre sofreu crítica da doutrina pelo excesso de vantagens e poderes atribuídos à instituição financeira e a redução de direitos ao comprador, que assume a posição de mero depositário da coisa adquirida.²²

Além disso, pagavam-se juros e demais encargos legais para a instituição financeira, numa época em que a economia dava demonstrações de estabilidade e permitia a divisão do preço total em parcelas fixas com pouco ou nenhum acréscimo, caso o contrato fosse feito diretamente entre as partes.

Nada obstante a inserção da compra e venda com reserva de domínio de forma paulatina durante os tempos e a ulterior introdução no Código Civil, “nem sempre (...) a doutrina e as legislações admitiram o *pactum reservati domini*, porque não se dissociava da compra e venda a ideia de imediata entrega da coisa”²³.

Houve certa resistência em admitir que se pudesse vender a coisa e ainda manter algum direito sobre ela, mesmo que vinculado tão somente à garantia da integralidade do preço, firmado na ideia de que a entrega da coisa, sua posse e propriedade deveriam ser no ato único da venda.

Com o passar do tempo, a possibilidade de desapossar-se da coisa e manter direito sobre o domínio até o implemento da condição de pagamento de prestações futuras passou a ser aceita, quando a doutrina então se dedicou ao estudo da cláusula especial.

(...) o vendedor póde desapossar-se condicionalmente da coisa vendida para que o comprador, *pendente conditione*, della extraia todas as vantagens economicas, sem que isso altere, ou destrua, o seu direito de propriedade, que se conserva indemne, mercê do proprio contracto, onde isso se estabelece.²⁴

Abordados esses aspectos, passa-se a tratar de outros também pertinentes e peculiares da compra e venda com reserva de domínio.

A reserva de domínio é cláusula que se insere em contratos de compra e venda, cujas

²² LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262.

²³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 252.

²⁴ OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 81-82²⁴.

especificidades dizem respeito à forma de pagamento, garantia de adimplemento de preço e transferência da posse e domínio sobre a coisa.

Nessa modalidade especial de compra e venda a crédito, em que o preço deve ser pago em parcelas, nos prazos prefixados, e em que somente se transfere o domínio da coisa ao comprador, quando satisfeito o integral pagamento, o vendedor permanece como proprietário, enquanto não forem pagas todas as prestações.²⁵

Apesar de versar sobre o pagamento em prestações e a transferência de todos os direitos inerentes à coisa, é sobre a garantia que cinge mais relevante importância a modalidade especial da compra e venda.

A compra e venda a prazo sem previsão da cláusula de reserva de domínio acarreta na transferência de todos os direitos da coisa, restando apenas o direito creditório ao vendedor, que não poderá desapossar o comprador dela em caso de inadimplemento, pois consolidada em favor daquele estará a propriedade.

A reserva da propriedade é estabelecida, frequentemente, nas vendas a prestações e nas vendas com espera de preço. Esta cláusula representa uma valiosa defesa do vendedor contra o incumprimento e a insolvência do comprador uma vez que após a transferência da posse da coisa vendida, somente é possível ao vendedor assegurar a propriedade dela, com base no não recebimento do preço, se convencionou uma cláusula de reserva de domínio (...).²⁶

De forma diametralmente inversa, se fixando a cláusula de reserva de domínio na compra e venda, estar-se-á garantindo ao vendedor formas de ter a complementação do preço ou reaver a coisa transferida, tudo com base na reserva de direito do domínio, alcançando somente a posse ao comprador desde o início.

Esse pacto especial dá plena garantia ao vendedor, por permitir que ele retenha o domínio da coisa alienada até o pagamento total do preço, de tal sorte que, se o preço não for pago integralmente, o comprador não adquirirá o domínio, e o vendedor terá a opção de reclamar o preço ou de recuperar a própria coisa, por meio da ação de reintegração de posse.²⁷

A condição de venda reservando o domínio ao vendedor é a forma estatuída pelo direito de não privá-lo da condição de titular da *jus in re*, com a finalidade de manter o domínio em seu favor até um momento pré-determinado, o qual é alcançado com o

²⁵ PACHECO, José da Silva. Compra e venda com reserva de domínio, mora do comprador. *Informativo semanal advocacia dinâmica*, v. 46, 1999. p. 759. Em igual sentido BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 36, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72, RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176.

²⁶ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 250-251.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. 1*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 465. Em igual sentido COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – V. 3*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 158, e GOMES, Orlando. *Contratos. Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 316.

pagamento do preço²⁸, do que depende a transferência da propriedade e sem a qual não se opera²⁹.

A razão para dar ao vendedor essa garantia que, sem dúvida, lhe outorga poderes consideráveis em detrimento do exercício pleno da propriedade pelo comprador, tem fundamento no risco a que aquele se submete ao satisfazer a obrigação de dar mediante uma mera expectativa de receber o preço.

Ocorre quando o pagamento do preço é diferido em períodos de tempo. O vendedor antecipa a sua prestação, ficando com a propriedade em garantia do pagamento do preço. Essa garantia é a contrapartida ao risco a que se expôs o vendedor com relação ao eventual inadimplemento do comprador, apesar de já ter cumprido a sua obrigação.³⁰

Com essa garantia alcançada ao vendedor, que permite ainda ter sobre a coisa o domínio, a cláusula de reserva de domínio o favorece, pois caso não seja pago o preço, se apresentará como solução a cobrança daquilo que estiver em atraso ou a resolução contratual, reavendo o bem, ao que se ocupará a tratar adiante³¹.

Engendrado a favor do vendedor, permite-lhe maior segurança quanto à percepção do preço, de sorte que, enquanto não for saldado por inteiro, não se produz a transferência de domínio e, portanto, o vendedor poderá recuperar o bem, ou haver o preço, à sua opção.³²

Diante disso, conceitua-se a compra e venda com cláusula especial de reserva de domínio, de forma sucinta, conforme a doutrina que se dedica ao estudo da matéria, prescrevendo que

Ter-se-á a reserva de domínio (*pactum reservati dominii*), quando se estipula, em contrato de compra e venda, em regra de coisa móvel infungível (CC, art. 523), que o vencedor reserva para si a sua propriedade e a posse indireta até o momento em que se realize o pagamento integral do preço (CC, art. 521). Dessa forma, o comprador só adquirirá *pleno iure* o domínio da coisa se integralizar o preço, momento em que o negócio terá eficácia plena (CC, art. 857, 1ª parte). A tradição, portanto, não transfere a propriedade, mas tão-somente a posse direta e precária da coisa ao comprador³³.

Se de certo modo conserva-se o domínio com o vendedor como forma de garantir o pagamento, de outro a posse é alcançada imediatamente em favor do comprador. Assim, “é da

²⁸ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 232.

²⁹ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 268.

³⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

³¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 252.

³² BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 36.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. 1*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 464. No mesmo sentido LANA, João Bosco Cavalcanti. Reserva de domínio. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, v. 28, 1973. p. 18, AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 126, e OLIVEIRA,

essência do contrato que se consuma, desde logo, isto é, desde o momento de sua celebração, a transferência da posse direta. A posse indireta permanece com o vendedor-credor”³⁴.

Ficando o domínio com o vendedor, a posse que exerce o comprador é a título precário, pendendo a definitiva da ocorrência de evento futuro, consistente no pagamento total do preço avençado³⁵. Esse caráter de precariedade é dado pela propriedade resolúvel detida pelo adquirente, pois poderá o vendedor exercer o direito potestativo de resolver a avença em caso de inadimplemento, possibilidade que decairá somente no pagamento da última prestação³⁶.

Inclusive, por o adquirente possuir o bem a título precário na compra e venda com reserva de domínio, não é permitido que aliene a coisa, ato típico do proprietário, salvo se o vendedor consentir³⁷.

Todavia, não é unânime o entendimento sobre a precariedade da posse atribuída ao comprador.

Consoante Sílvio de Salvo Venosa, em virtude de surgir o dever de devolver o bem somente na hipótese de inadimplemento e opção pela resolução do contrato, a posse exercida pelo adquirente seria a típica de proprietário, pois, não contém o pacto especial de reserva de domínio a obrigação de restituir a coisa.

A posse do comprador é *animus domini*, pois somente deixará de ser dono se não pagar o preço. Por essa razão, não havemos de sustentar a precariedade da posse, pois não existe obrigação de restituir a coisa da parte do comprador.³⁸

Ocorrendo, então, o efeito esperado da compra e venda com reserva de domínio, consistente no pagamento integral das parcelas futuras, se transfere ao comprador a propriedade, sem qualquer formalidade ou ocorrência de negócio jurídico a perfectibilizar o alcance, agora, do domínio sobre o bem³⁹.

A transferência do domínio ao comprador, que já é titular da posse direta da coisa, dá-se de modo automático, por força de lei, quando o preço é integralmente pago. (...). Não há necessidade de qualquer ato confirmatório da transmissão.⁴⁰

A partir do início do pagamento das parcelas do preço pelo adquirente, inicia-se

Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 77.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 377.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 36-37.

³⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 296.

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 380. No mesmo sentido DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. 1*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 465.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 264.

gradativamente a transferência do bem em seu favor, esvaziando-se a garantir para que serve a coisa cujo domínio encontra-se com o vendedor em cada prestação adimplida.

(...) o vendedor retém o domínio apenas no interesse da garantia, que deseja, do integral pagamento do preço. A falta de outro meio, sob esse aspecto igualmente eficaz, ele permanece dono. Mas, privado do uso e gozo da coisa e vinculado realmente ao comprador, já no instante contratual o seu domínio começa a esvaziar-se, tomando-se progressivamente, a cada prestação nova que o comprador satisfaça, mais próximo do momento fatal, em que se exaurirá por completo.⁴¹

Sobrevirá, então, o último momento da relação que vinculada as partes, exaurindo-se a garantir e consolidando-se a propriedade de forma plena em favor do comprador, independente de novo pacto ou declaração do vendedor.

Por ser uma manifestação de vontade de transferência da propriedade que fica na pendência do pagamento das parcelas, quitado o preço imediatamente se consolida também o domínio em seu favor. Somente haverá alteração da posse se ocorrer o desfazimento do negócio.

Na reserva de domínio, a estipulação é definitiva, havendo, apenas, a possibilidade de resolução se inadimplidas as prestações. Se, porém, satisfeita a obrigação do devedor até o final, não aparecerá a necessidade de novo acordo de vontades.⁴²

A ocorrência dos dois momentos distintos, um primeiro para ceder a posse precária e um segundo, posterior, para transferir a propriedade integral e o elemento dominial que exercia o vendedor, demonstra a partição do efeito imediato na compra e venda simples, de entrega de todos os direitos sobre a coisa.

Na venda com reserva de domínio há cisão entre propriedade e posse da coisa, ou seja, enquanto perdurar o pagamento das prestações, o direito de propriedade e a posse mediata permanecem com o vendedor e a posse imediata é transferida ao comprador.⁴³

Diante dessa peculiaridade, ocorre a suspensão da entrega do vendedor ao comprador da propriedade plena sobre o bem objeto da compra e venda com reserva de domínio, que fica postergada para a conclusão do pagamento parcelado⁴⁴.

Atribui-lhe a doutrina italiana o efeito de suspensão da transmissão do direito dominial. Para assegurar o integral recebimento do preço, por um artifício legal, adia-se a transmissão da propriedade da coisa, facultando-se ao adquirente apenas o uso, nas condições específicas

⁴¹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 232.

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 379.

⁴³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 379. No mesmo sentido AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 140, e BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 36.

da lei e do contrato, até o pagamento integral do preço.⁴⁵

Retém o vendedor o domínio sobre a coisa com a finalidade de ver paga a integralidade do preço. Enquanto pender pagamento, estará sob condição suspensiva a consolidação da propriedade ao adquirente.

Essa propriedade resolúvel do vendedor (...) é condicional, ou seja, depende de evento futuro e incerto, em que a condição é o pagamento integral do preço ou da última parcela caso a venda não tenha sido à vista. Enquanto esse pagamento não ocorrer, a aquisição do domínio e a transmissão da propriedade ficarão suspensas.⁴⁶

Até o cumprimento do contrato, o que se pressupõe ser objetivo firme dos contratantes, com o pagamento das prestações pelo comprador, transmite-se somente a posse do bem, mantendo o vendedor o domínio sobre a coisa, fatos jurídicos constatáveis na cláusula especial.

A tradição, no *pactum reservati domii*, não implica um contrasenso ao direito de propriedade do vendedor. Esse direito mantém-se intacto.⁴⁷

No entanto, Paulo Nader nega, inclusive, a ocorrência da tradição da coisa, havendo mero alcance dela, na medida em que a tradição consistiria na “entrega com ânimo de transferir domínio”, a qual só ocorrerá com o implemento do preço⁴⁸.

Por outro lado, alguns doutrinadores, dentre eles Maria Helena Diniz, dizem que há a transferência não só da posse, mas também do domínio, sob condição suspensiva, a qual se consolidará depois de pago o preço.

(...) verifica-se a transmissão do domínio, como é da essência da compra e venda, mas dita transmissão está sujeita a uma condição suspensiva (*donec pretium solvetur*), que é o pagamento das prestações convencionadas, as quais, constituem o preço. Com o implemento total do dito pagamento, se dá a consolidação do domínio.⁴⁹

A majoritária da doutrina, porém, converge no sentido de ser suspensiva a transferência do domínio ao comprador, que será consolidada em seu favor no pagamento da última das parcelas ajustadas. Até lá o vendedor mantém condição resolutiva a levar a efeito em caso de inadimplemento.

⁴⁵ LANA, João Bosco Cavalcanti. Reserva de domínio. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, v. 28, 1973. p. 18.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 296. No mesmo sentido OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 94.

⁴⁷ OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 5.

⁴⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 251.

⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 375-376. No mesmo sentido DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. 1*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 464.

No que concerne ao direito de propriedade sobre a coisa vendida, há condição suspensiva para o comprador (somente adquirirá quando pagar a totalidade do preço ou das prestações) e condição resolutiva para o vendedor (perdê-lo-á quando o comprador pagar todo o preço).⁵⁰

Silvio de Salvo Venosa dissente ao que refere à condição resolutiva, afirmando que “não se trata de condição resolutiva, como defende parte da doutrina, uma vez que o contrato de compra e venda não atinge a plenitude de seus direitos senão após a integralização do pagamento”⁵¹.

De fato, parece não pender propriamente condição resolutiva, mais afeta aos contratos preliminares, pois a compra e venda se conclui para o vendedor, que entrega a posse da coisa, resguardando o domínio como garantia de pagamento. A compra e venda com reserva de domínio é contrato definitivo e não promessa de firmar avença futura, como são os pactos preliminares. O vendedor somente terá direito à resolução do contrato no caso de inadimplemento.

1.2 INSTRUMENTALIZAÇÃO E COISA POSSÍVEL DE CARACTERIZAÇÃO PERFEITA

A compra e venda com reserva de domínio, ao que se refere à forma, exige estipulação por instrumento, devendo ser expressa sua previsão para ter validade e dimanar os efeitos da garantia contida na cláusula especial.

A venda com reserva de domínio é pacto que não se presume. Deve, necessariamente, ser escrito, podendo figurar como cláusula do contrato ou em documento à parte.⁵²

De regra, a formação de um contrato demanda somente a expressão da vontade das partes, prescindindo de instrumento para que a avença as obrigue e se torne perfeita. Essa característica está intimamente ligada ao princípio consensualista do direito moderno, para o qual tão somente o acordo de vontades aperfeiçoa o contrato⁵³.

A conformidade entre os sujeitos pelo qual prima o princípio consensualista se origina do próprio comportamento humano, que exprime sua intenção mediante declaração de vontade, independente de forma, e, diante de declaração de aceitação da outra pessoa, restam unidos pelo intento de formar pacto com obrigações mútuas.

⁵⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73.

⁵² NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 257.

⁵³ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 238.

A conduta humana intencional encerrada no contrato é a declaração de uma vontade. O contratante sempre manifesta a vontade de agir com vistas a produção de um determinado resultado de interesse comum às partes do contrato. A forma de exteriorização pode variar (por via oral, por escrito ou por meio eletrônico), a declaração pode ser obrigatória (como nos contratos necessários) ou podem-se exigir outras ações além da manifestação da vontade (como a tradição da coisa na doação oral de pequeno valor e nos contratos reais), mas não há negócio jurídico contratual sem que o contratante declare a intenção de alcançar, com sua conduta, o fim delineado na norma jurídica.⁵⁴

É típico da conduta humana externar suas intenções por determinados atos. Por isso não se pode afastar a ideia de que contratos são, antes de qualquer coisa, manifestações da vontade das pessoas. Somente em virtude de exigência jurídica essas deverão constar de instrumento contendo de forma escrita aquilo que se estipulou.

A lei poderá exigir instrumentalização da manifestação das vontades, tanto daquele que propõe como do que aceita, para dar validade ao contrato, quando se mostrar imprescindível a formalidade e ela se constituir condição para tanto.

A proposta e a aceitação de um contrato (e em geral as declarações de vontade) podem, em princípio, ser expressas de qualquer modo: com palavras escritas, com palavras faladas, até com um comportamento concludente que prescindia das palavras. (...) Tal regra sobre, porém, uma séria de exceções muito importantes. De facto existem algumas classes de contratos, para cujo conclusão a lei exige o emprego de uma forma particular: significa isto que as declarações de vontade que dão vida a tais contratos devem ser revestidas de certas modalidades expressivas, e acompanhadas de um determinado ritual (e tais contratos chamam-se, então, *contratos formais* ou contratos solenes e a mais comum delas é a escrita⁵⁵).

São ditos formais os pactos que exigem instrumentalização para sua validade, sendo conceituados na classificação dos contratos como “aqueles que somente podem ser celebrados conforme características especiais previstas em lei”⁵⁶.

Conjuntamente com o aspecto da validade, alinha-se à exigência da formalização do contrato a necessidade da certeza sobre seu teor, de forma a permitir que seja exigido de cada contratante sua prestação e não gerar incerteza sobre a obrigação devida, forma e tempo de cumprimento, dentre outros elementos.

(...) formalizar o contrato num documento escrito serve para tornar certo e não controvertido o facto da sua conclusão e o teor das cláusulas que formam o seu conteúdo (...). Uma tal certeza serve o interesse das partes, pois contribui para esclarecer dúvidas, desde o início, as suas posições recíprocas, prevenindo possíveis litígios.⁵⁷

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – V. 3*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 20.

⁵⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 96-97.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 62.

⁵⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 100.

É a dinamicidade das relações geradas atualmente pelo comércio que torna salutar a formação de documento exprimindo a intenção e obrigações das partes, relegando a manifestação da vontade e impondo como condição de validade certa forma de exprimir o consenso alcançado.

Em atenção (...) à conveniência de dar segurança ao comércio jurídico, a lei exige que certos contratos obedçam a determinada *forma*, elevando-se à condição de requisito essencial à sua validade. Nesses casos, a vontade das partes não basta à formação do contrato.⁵⁸

Realmente, é importante dar forma ao pacto, não só pela boa-fé das partes, muitas vezes relativizadas, ainda que elevada a princípio jurídico das relações contratuais⁵⁹, mas pelo número de relações negociais a que os sujeitos se submetem. Ainda, pela compreensão que cada contratante pode dar à exposição verbal, já que cada um a compreenderá conforme suas experiências pessoais.

Somente o instrumento com teor expresso poderá fazer com que uma parte exija da outra o alcance de uma determinada obrigação, ou, ainda, levá-la à jurisdição para que o Estado-Juiz a faça valer e dimanar seus efeitos, ou declará-la extinta por qualquer causa pré-existente ou superveniente (rescisão ou resolução).

Uma vez que o contrato não pressupõe a existência de um instrumento, a prova dos contratos liga-se em regra à forma contratual, pois as partes o farão por escrito sempre que tal prova for necessária, e os contratos que não seguirem as formas e solenidades legais não produzirão ação judicial.⁶⁰

Assim, a forma contratual guarda relação com a validade da avença ou com a prova do seu conteúdo. A primeira afasta o aspecto da própria inserção do contrato no mundo jurídico, impedindo que produza seus esperados efeitos. O segundo, apenas relativiza a exigências das obrigações contidas no instrumento.

Em alguns casos a forma é *ad substantiam* e é um verdadeiro e próprio requisito essencial do contrato (...) e a sua falta impede que o contrato se forme validamente e produza os seus efeitos (...). Inteiramente diferentes são as hipóteses em que a forma é requerida (...) *ad probationem*: tal acontece por exemplo para o contrato de seguro e para o contrato de transacção, que devem ser 'provados por escrito' (...). A diferença é radical, porquanto nestas hipóteses a falta de forma (...) não preclui a válida formação do contrato e a regular produção de seus efeitos, mas torna-se apenas mais difícil, para quem nisso tenha interesse, prová-los e fazê-los valer em juízo (...).⁶¹

⁵⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 92.

⁵⁹ Conforme prescreve o art. 422 do Código Civil: os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. I.* 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 49-50.

⁶¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 98-99.

O pacto adjeto de reserva de domínio exige a instrumentalização em virtude dos dois aspectos. Sem ser formal, não surtirão seus efeitos, se consolidando a propriedade plena – posse e domínio – desde logo ao comprador, independente do pagamento integral do preço. De igual forma, não poderá o vendedor postular em juízo o pagamento das prestações vencidas e vincendas ou a busca e apreensão do bem, pois não terá a prova da existência da cláusula especial a permitir intentar a medida.

Nas vendas a credito (...) entregue a coisa ao comprador, este, para logo, adquiere o dominio della, independentemente do pagamento do preço, de tal sorte que, acaso não cumpra essa obrigação, a sua finalidade ficou perfeitamente conseguida, restando ao vendedor, tão apenas, um direito de credito, uma ação pessoal para receber o pagamento do preço com os juros moratórios. (...) O *pactum reservati dominii*, modificando, ou derogando, essencialmente, esses princípios, por isso que faz depender a transferência da propriedade, nas vendas a credito, do implemento da obrigação do comprador de pagar o preço respectivo(...).⁶²

Não instituída de forma escrita a reserva de domínio no pacto de compra e venda, o vendedor não poderá se valer do procedimento próprio previsto na lei processual civil, de todo célere e adequado para levar a efeito a garantia em que se consubstancia o bem vendido⁶³.

Na forma exposta, sem a instrumentalização da cláusula de reserva de domínio, presumir-se-á tratar-se de contrato de compra e venda simples, pois a forma também difere a compra e venda ordinária daquela contendo cláusula especial de reserva de domínio, pois enquanto naquela a simples palavra telegráfica pode fechar negócio, no *reservati dominii* as cláusulas devem ser claras, aceitas por assinaturas dos contratantes⁶⁴.

É importante esclarecer que a simples compra e venda existirá independente da existência do instrumento contratual, demandando formalização somente a cláusula especial de reserva de domínio, podendo aquele ser verbal, sem qualquer exigência formal⁶⁵.

A exigência legal de apenas poder ser estipulada a cláusula por escrito impede a utilização da venda com reserva de domínio em contratos verbais, que constituem a grande maioria dos casos de compra e venda e coisas móveis. Contudo, a exigência de forma escrita é exclusivamente para a cláusula e não para a integridade do contrato.⁶⁶

Contratada a compra e venda com reserva de domínio sem observância da formalização por instrumento, a primeira existirá, diante do consenso manifestado pelas

⁶² OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 5.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74.

⁶⁴ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 10.

⁶⁵ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 257.

partes. O pacto adjeto, todavia, decai, não podendo o vendedor valer-se das suas prerrogativas especiais.

Por último, a mais da exigência legal do contrato ser lavrado por instrumento e da necessidade de prová-lo em juízo, a forma tem por finalidade a oposição do pacto especial contra terceiros.

Não se presume o contrato com cláusula de reserva, necessitando que venha por escrito, em instrumento particular, que será devidamente registrado no Cartório de Títulos e Documentos, com a finalidade de valer perante terceiros.⁶⁷

Aliás, essa exigência também não deixa dúvida sobre a necessidade de o contrato ser invariavelmente solene, pois somente observado isso haverá garantia de eficácia contra terceiros⁶⁸.

É necessário não só a formalização do contrato por escrito, mas levá-lo a registro no Cartório de Títulos e documentos do domicílio do comprador, para se dar a devida publicidade e eficácia perante terceiros⁶⁹.

Em não o fazendo, mas observada sua instrumentalização, os efeitos da compra e venda são mantidos íntegros. Todavia, gerados somente entre as partes, não podendo ser erigidos em face de terceiro que eventualmente adquira o bem objeto da operação com reserva de domínio, na medida em que não seria possível ter conhecimento do comprador pretérito possuí-la de forma precária.

O art. 522 do Código Civil prevê como formalidade para a cláusula de venda com reserva de domínio a sua estipulação por escrito e o registro no Cartório de Títulos e Documentos do domínio do comprador, como condição de validade perante terceiros de boa-sé (eficácia *erga omnes*). Não sendo levada a registro, a referida cláusula não produzirá efeitos perante terceiros, mas apenas efeitos *inter partes*.⁷⁰

Em conformidade com a dimanação de efeito apenas entre as partes na ausência de publicização da avença de compra e venda com o pacto adjeto de reserva de domínio, o Tribunal de Justiça Gaúcho manifestou seu entendimento:

Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Ação sob rito especial do art. 1.071 do CPC. Contrato de compra e venda com reserva de domínio. Demonstrada a regular constituição em mora do requerido, através de Protesto de Títulos. Precedentes. Registro do contrato junto ao cartório. Desnecessidade. Eficácia *inter partes*. Precedente.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 263.

⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 378.

⁶⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 177.

⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74.

⁷⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 297.

Recurso, de plano, provido.⁷¹

O registro se dará na forma preconizada no art. 129, n.º 5, da Lei dos Registros Públicos (Lei n.º 6.015, de 1973). Com o ato, o comprador se mune de maiores garantias na disposição do bem, pois transcrito o contrato, o terceiro que praticar com o comprador da coisa qualquer ato de alienação realiza uma operação *non domino*⁷².

O registro do contrato impede que o terceiro adquirente alegue desconhecer a cláusula especial e, por isso, tê-lo feito de boa-fé, pois o contrário se presume com a anotação na serventia estatal competente.

Ademais, dada a publicidade perante terceiros, não pode o comprador com reserva de domínio transferir um direito que não detém, qual seja, o domínio sobre a coisa, que adquirirá somente com o pagamento da ulterior parcela. Com isso, o vendedor poderá buscar e apreendê-la no caso de resolução do contrato, mesmo que esteja na posse de terceiro, sob o fundamento de manter sobre ela o domínio como garantia de adimplemento das prestações.

Honrados os compromissos é dado ao comprador requerer o cancelamento do registro do pacto que recai sobre o bem, que terá efeito apenas declarativo da plena propriedade⁷³, pois o exercício dela se opera de pleno direito com o pagamento da integralidade do preço.

Tem-se, com isso, que a compra e venda com reserva de domínio “(...) é contrato solene, pois depende de instrumento escrito, uma vez que o vendedor, que fez a tradição do objeto, não poderia comprovar a reserva de propriedade, sem exhibir instrumento que elucidasse a relação jurídica”⁷⁴.

Dessa forma, embora prevaleça a manifestação da vontade das partes em matéria contratual, ao que respeita o pacto de compra e venda com reserva de domínio é imprescindível sua estipulação por escrito, tanto para permitir ao vendedor fazer valer o domínio que mantém sobre a coisa e levar a efeito a garantia em caso de resolução do pacto, como para ter validade e permitir opô-la contra terceiros.

Além de exigir forma escrita, o contrato de compra e venda com reserva de domínio, estabelece que o bem sobre o qual recaia a garantia detenha características aptas a tornar-lhe

⁷¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n.º 70055592414*. Agravante: Clenio Altenor de Siqueira. Agravado: Carlos Alberto Borges de Figueiredo. Relator: Breno Pereira da Costa Vasconcellos. Porto Alegre/RS, 31 de julho de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2013&codigo=1292016>. Acesso em: 13 agosto 2013.

⁷² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 380.

⁷³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 257.

⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 177.

único e inconfundível com outros similares.

Para que seja possível a inserção da cláusula especial de reserva de domínio é imprescindível que o bem objeto da compra e venda seja passível de individualização e infungível, sendo inerente ao pacto tal atributo do bem vendido.

A reserva de domínio é cláusula inserida nos contratos de compra e venda a crédito de coisas individuadas e infungíveis, em razão da qual o comprador, não obstante se achar na posse do bem comprado, só vem a adquirir-lhe o domínio depois que se integralizar o pagamento do preço, geralmente dividido em prestações sucessivas.⁷⁵

Não serão todas as coisas móveis que comportarão a venda com a cláusula de reserva de domínio. A impossibilidade de diferenciá-la de outros bens acaba por inviabilizar o exercício da garantia do vendedor, em que consubstancia a finalidade da estipulação do pacto.

Por conta disso, “nem toda coisa móvel (...) pode ser objeto do *pactum reservati dominii*, pois deve ser individuada e infungível, pois, do contrário, inviável para o vendedor o exercício do direito de sequela”⁷⁶.

Somente as coisas móveis que tenham características singulares poderão ser vendidas com a reserva de domínio, que permanecerá com o vendedor até a integralização do preço pelo adquirente. Bens tais como livros, roupas e dinheiro⁷⁷, não podem ser determinados por sinais próprios, sendo, então, excluídos dessa modalidade de negócio.

Nem todas as coisas móveis comportam a venda com reserva de domínio, mas somente as que podem ser individuadas, distinguindo-se pelo tipo, marca, ou número indelével. A necessidade de indicação decorre de que, antes de se completar o pagamento do preço, o comprador poder ser obrigado a restituir o bem ao vendedor. Ademais, a coisa vendida garante o pagamento integral do preço.⁷⁸

Dessa forma, o fundamento para a singularidade é de que, em caso de inadimplemento e exercício do direito de reaver a coisa, somente mediante a determinação do bem sobre o qual o vendedor ainda possui o domínio poderá haver a busca e apreensão e fazer valer a garantia que nele se encerra.

As coisas vendidas com reserva de domínio devem ser infungíveis, pois servem de garantia à dívida do preço e por isso devem ser individuadas, determinadas, inconfundíveis

⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 375. No mesmo sentido DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. I*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 464.

⁷⁶ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 254.

⁷⁷ Exceto quando tratar-se de peça única identificável em razão de ser produzida por um determinado artista, contendo sinais característicos de obra de arte.

⁷⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 318. No mesmo sentido VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74.

com outra de mesma espécie⁷⁹.

Não há como imaginar que se faça a busca e apreensão de um semovente, por exemplo, sem sinal que indique ser aquele dentre vários que garante da compra e venda com reserva de domínio.

A par disso, pela própria dicção do art. 523 do Código Civil, restando dúvida sobre o bem objeto da compra e venda com reserva de domínio, se decidirá em favor do terceiro de boa-fé.

Por conta da necessária individualização é impositivo “reconhecer que, para os bens que não possam ser perfeitamente individuados como máquinas, automóveis, rádios, refrigeradores, pianos etc., onde o número, marca e outras especificações os tornam inconfundíveis, não deve ser de franca aplicação a venda com reserva de domínio (...)”⁸⁰.

Em verdade, essa necessidade de individualização do bem está ligada ao caráter de fungibilidade, deveras referido pela doutrina, essencial à coisa que se alcançará a posse ao comprador e ficará reservado o domínio ao vendedor.

O requisito objetivo para tal cláusula é que não pode ser objeto de venda com reserva de domínio a coisa insuscetível de caracterização perfeita, para estremá-la de outras congêneres (...). Em outras palavras e para esta finalidade, a coisa deve ser móvel e infungível.⁸¹

A doutrina trata como infungível a coisa com características tão próprias que permita ao comprador determinar sem margem à dúvida que o bem vendido e sobre o qual ainda exerce a posse indireta é aquele e não qualquer outro. Consoante lição de Arnaldo Rizzardo, com a qual assente Maria Helena Diniz, “o objeto do contrato deve ser um bem individualizado e infungível. A individualização será de tal modo que torne o bem inconfundível com outros de mesma espécie, ou seja, importa que seja infungível”⁸².

Ademais da indicação pelo vendedor da manutenção do domínio e exercício da garantia que recai sobre o singular bem até o adimplemento da totalidade do preço, a exigência de individualização da coisa se faz necessária para permitir a publicização do contrato no Cartório de Títulos e Documentos.

A coisa terá de ser precisamente identificada, para que não suscite dúvida e possa atingir seu escopo de garantia e permitir o registro

⁷⁹ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 223.

⁸⁰ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 221.

⁸¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 62. No mesmo sentido NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 254.

⁸² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 377. No mesmo sentido DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. 1*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 464.

público. A reserva de domínio é garantia que se vincula a coisa determinada, não podendo incidir sobre coisa apenas determinável. Assim, estão excluídas as coisas fungíveis, que podem substituir-se por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade. (...). As coisas genéricas não podem ser vendidas com reserva de domínio, por não preencherem o requisito da singularidade.⁸³

Carecendo de caracterização própria e pormenorizada capaz de diferenciá-lo de outro bem similar, não haverá como fazer o registro do contrato no Cartório de Títulos e Documentos, pois não poderá se descrever sobre o que exatamente recai a reserva de domínio, a esvaziar o ato registral.

Assim, o objeto dotado de individualidade exterior, por sua forma, volume e por outras características, pode se dizer aquele registrável, transferível e onerável, capaz de ter gravado sobre si reserva de domínio⁸⁴.

Não fosse a previsão contida no art. 523 da lei substantiva civil, pelas próprias particularidades do pacto adjeto de reserva de domínio, é possível constatar a exigência de ser bem o bem infungível.

A entrega da coisa, a sua restituição, quando inadimplente o comprador, o uso e gozo dela, enquanto em execução o contrato, a transferência do domínio ao completar-se o pagamento do preço, tudo indica que às coisas corpóreas deve circunscrever-se o mecanismo (...).⁸⁵

Não paira dúvida que é da natureza do pacto de compra e venda com reserva de domínio que advém a exigência de que o bem seja passível de perfeita e completa caracterização.

Da análise da individuação do bem objeto da compra e venda com reserva de domínio, se abstrai que “a coisa vendida, pois, pode servir de garantia à dívida do preço (...). Mas, por isso mesmo, preciso é que a coisa seja individuada, determinada, inconfundível com outra da mesma espécie. Em uma palavra: infungível”⁸⁶.

⁸³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262.

⁸⁴ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 227-228.

⁸⁵ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 229.

⁸⁶ OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 79. No mesmo sentido RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176.

1.3 CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA E A EXECUÇÃO DA CLÁUSULA ESPECIAL

Devidamente caracterizado o contrato de compra e venda com reserva de domínio, demonstradas as especificidades que deve conter para que dimanem seus efeitos, notadamente quanto à garantia de satisfação do preço ao vendedor, e seja evitada a transferência indevida do bem para terceiros, está completa a análise da avença com a cláusula especial.

Com o implemento das prestações que é esperado das partes, principalmente do comprador, que deve pagar o preço diferido no tempo, nenhum dos efeitos da cláusula de reserva de domínio surtirão, extinguindo-se o contrato pela mais simples das formas, o adimplemento.

Todavia, nem sempre assim se desenvolve a relação contratual. Por vezes uma das partes torna-se inadimplente, deixando de cumprir com a obrigação assumida. Na compra e venda com reserva de domínio, o vendedor já adimpliu com a sua, pois outorgou a posse desde quando firmada a avença. Ao adquirente resta o pagamento da integralidade do preço.

Nascida uma obrigação, ficam as partes, cada uma a seu modo, vinculadas ao cumprimento, tornado ou a se tornar obrigatório (obrigação em sentido estritíssimo) pela pretensão. Ao devedor caberá efetuar a prestação, e ao credor, colaborar para que a dívida seja solvida.⁸⁷

Somente diante da possibilidade de descumprimento do pagamento das prestações no prazo estipulado é que se estipula a reserva de domínio em favor do vendedor até o implemento do preço.

Não cumprida a obrigação de pagar as prestações futuras pactuadas, o comprador estará em mora com o vendedor. Assim, a “mora, ocorre quando o devedor, com culpa, não cumpre a sua obrigação no prazo estipulado, mas o cumprimento tardio da obrigação ainda é possível e atende ao interesse do credor”⁸⁸.

Encontra-se em mora o devedor que, por sua culpa, deixa de realizar a correta prestação no tempo certo, seja porque a atrasou, seja porque a realizou sem algumas das suas qualidades devidas (lugar, forma), sem que tal circunstância extinga os interesses objetivos do credor na prestação.⁸⁹

Quando contratada a venda com reserva de domínio, uma das condições pactuadas é

⁸⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 143.

⁸⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 28-29.

⁸⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

o vencimento das prestações futuras. Não se admite a falta de um termo para o pagamento, que impossibilitará, além da exigência do correspondente valor, a caracterização da mora e a incidência dos efeitos que dela se originam.

A mora, é necessário compreender, sempre estará vinculada ao aspecto de tempo que permeia a relação contratual e se consubstancia em um atraso relativo à prestação devida de uma parte a outra⁹⁰.

(...) dada a formulação abrangente da mora no direito brasileiro, ela congrega todo e qualquer descumprimento de dever obrigacional, seja ele relacionado ao ato de prestar, seja ele relacionado ao objeto da prestação, que, independente do momento de sua produção, não configure inadimplemento absoluto.⁹¹

Descumprido o dever obrigacional temporal assumido pelo comprador referente ao pagamento da sua prestação de forma diferida no tempo, estará configurada a mora, efeito do atraso na satisfação da obrigação do devedor.

Inferre-se da doutrina, ao reiteradamente fazer tal assertiva, que a mora admite o cumprimento da obrigação ainda que tardiamente, desde que ainda presente o interesse do credor. Destarte, ainda que “não realizada a prestação, mas, tendo-se em conta os interesses do credor, sendo ela ainda possível, não haverá impossibilidade, mas *mora, debitoris* ou *creditoris*, conforme o caso”⁹².

Assim, a mora admite o cumprimento tardio da obrigação pelo devedor, desde que ainda seja do interesse do credor recebê-la.

Na compra e venda de reserva de domínio, mesmo constatada a mora do adquirente, evidentemente mantém o vendedor o interesse em receber a prestação (parcela do preço). Esse interesse se manterá ainda que invocada a prestação jurisdicional por conta do descumprimento. Aliás, não se verifica interesse mais evidente do que o recebimento do preço.

Entretanto, na hipótese de venda com o pacto especial de reserva de domínio, a compreensão que se dá à mora é de inadimplemento absoluto da obrigação, de forma a permitir a execução da garantia que recai sobre o próprio bem objeto do negócio.

Embora a norma contida no art. 526 do CC mencione a existência de *mora (atraso)*, parece querer referir-se ao *inadimplemento absoluto da obrigação*. Assim, é de se concordar (...) com José Osório de Azevedo Jr., para quem “o que o Código está dizendo agora é que,

⁹⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 148.

⁹¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 163.

⁹² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 143.

não pagando no prazo contratualmente previsto nem no prazo de protesto ou da interpelação, o comprador estará sujeito às consequências da inexecução definitiva do contrato”.⁹³

Não se olvida a manutenção do interesse em receber as prestações referentes ao preço, mas para que possa surtir efeito a cláusula de reserva de domínio e fazer valer a garantia nela contida, é preciso que a mora tome contornos de inadimplemento absoluto, ainda que posteriormente se consinta com o recebimento das quantias impagas.

No que diz respeito aos efeitos da mora, a legislação trata de forma distinta os devedores que pagaram mais de 40% das parcelas diferidas no tempo.

(...) a lei distingue entre o comprador que houver pago mais de quarenta por cento do preço e o que não tiver feito. Àquele concede a prerrogativa de obter prazo suplementar de trinta dias, para reaver a coisa, mediante resgate das prestações vencidas, juros e custas. Ao outro, não se lhe concede o direito de purgar a mora.⁹⁴

Será dada a possibilidade de purgar a mora, no prazo de 30 (trinta) dias, ao adquirente que tiver o bem buscado e apreendido e pago mais de 40% do valor⁹⁵, pugnando a restituição do bem ao julgador, na forma do art. 1.071, § 2º do Código de Processo Civil.

Fixado o prazo para pagamento de cada parcela, o adquirente tem conhecimento do termo de sua obrigação, quando deverá satisfazê-la. Por isso, de regra a mora se opera de pleno direito caso alcançado o vencimento sem o cumprimento.

A constituição em mora se realiza, na legislação civil brasileira, de pleno direito, ou seja, pelo simples advento do termo ou decurso do prazo, sem necessidade de qualquer interpelação judicial. É o princípio *dies interpellat pro homine* (CC, art. 690). Ocorre o contrário em direito comercial, exigindo a lei, para que haja mora do devedor, a sua notificação, mesmo vencendo-se a obrigação em data, termo ou prazos certos (art. 138 do Ccom.).⁹⁶

Não é suficiente o inadimplemento para que se possa executar a cláusula de reserva de domínio, notadamente quanto à recuperação da posse imediata da coisa. Exige-se a constituição regular do comprador em mora, em conformidade com algum dos modos previstos, a saber, o protesto do título ou a interpelação judicial.

⁹³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 297.

⁹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176.

⁹⁵ Apesar da legislação ser expressa, há julgados que exigem percentual adimplido superior, em até 80%: “(...) em casos análogos, tenho mantido o entendimento de que tal teoria (adimplemento substancial) pode ser aplicada quando ocorre a quitação de, no mínimo, 80% do montante avençado”. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70055756001*. Agravante: Israel Pereira de Vargas. Agravado: Maicon Rogerio Silveira do Prado. Relator: Roberto Sbravati. Porto Alegre/RS, 31 de julho de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2013&codigo=1277936>. Acesso em: 13 agosto 2013.

Arraigado na exigência da constituição em mora através de notificação ou interpelação judicial em caso de relações comerciais, ainda sob a égide do Código Comercial, é requisito para a execução da cláusula de reserva de domínio tomar a providência de constituir o devedor em mora.

Para execução do contrato de compra e venda com reserva de domínio, deve o vendedor constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial (art. 525). Nesse caso, a lei excepcionou a regra do *dies interpellat pro homine*, insculpida no art. 397 do Código Civil, e determinou que a mora depende da notificação do devedor⁹⁷.

A necessidade da constituição em mora do vendedor, ainda que estipulado o vencimento no contrato, é exceção da regra de que, nesses casos, seus efeitos se operam de pleno direito e de forma imediata.

Dessa forma, a constituição da mora nos contratos de compra e venda com reserva de domínio não se dá diante do simples incumprimento da obrigação com prazo pré-determinado, carecendo da formalidade, através do protesto do título representativo do crédito do vendedor. Logo, “a mora do pagamento não segue a regra do “*dies interpellat pro homine*”, já que o texto legal exige a tirada do protesto”⁹⁸.

A mora do devedor da obrigação se formaliza e é comprovada através do protesto do título no qual consta o crédito devido pelo credor. É ato solene que incumbe ao tabelião e tem por objetivo, além de cientificar da inadimplência, tornar público o descumprimento em que incorreu.

(...) todos os títulos destinados a protesto, para efeito de comprovar a inadimplência ou o descumprimento de obrigação de pagamento, devem ser apresentados ao tabelião, competente para protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução do aceite, o recebimento do pagamento do título e de outros documentos de dívida, bem como para lavrar e registrar o protesto, proceder às averbações e fornecer certidões.⁹⁹

Especificamente ao que refere ao contrato de compra e venda com reserva de domínio, mais que formalização da inadimplência do devedor, a constituição em mora através do protesto do título que contém a obrigação é requisito legal para execução da cláusula especial.

Sendo o protesto, nos precisos termos do art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, “o ato formal e solene pelo qual se prova a

⁹⁶ WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 90.

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – V. 3*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 158-159.

⁹⁸ LANA, João Bosco Cavalcanti. Reserva de domínio. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, v. 28, 1973. p. 22.

⁹⁹ PACHECO, José da Silva. Compra e venda com reserva de domínio, mora do comprador. *Informativo semanal advocacia dinâmica*, v. 46, 1999. p. 759.

inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”, resulta logicamente razoável que o art. 1.071 do Código de Processo Civil o exija para comprovar a mora nas obrigações de pagamento fundadas em venda com reserva de domínio.¹⁰⁰

Vencido o título sem o adimplemento do comprador/devedor, é autorizado ao vendedor/credor apresentar o título para protesto. Intimado, aquele poderá elidir a mora e efetuar o pagamento da prestação. Não o fazendo e se concretizando o protesto, a esse último surge a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional para efetuar a cobrança da integralidade do débito ou realizar a busca e apreensão do bem.

(...) o vendedor só pode executar essa cláusula após constituir o comprador em mora, mediante protesto de título ou interpelação judicial. Verificada a mora do adquirente, o alienante poderá mover contra ele ação de cobrança das prestações vencidas ou vincendas, recuperar a posse do bem vendido, mediante apreensão liminar (CPC, art. 1.071).¹⁰¹

É alcançada ao credor a possibilidade de efetuar a cobrança das parcelas impagas e aqueles que ainda faltam vencer, o que implicaria na renúncia à garantia que se estabeleceu sobre o bem através da reserva de domínio. Todavia, a situação destoa da própria instituição da cláusula especial.

(...) o vendedor pode renunciar à garantia ou, melhor, ao título de domínio que *ab initio* da transação se reservou, para pleitear judicialmente a cobrança do preço (...). Mas não é tal o comum dos casos. Ao revés, a r. (reserva) de d. (domínio) é justamente pactuada para prender a condição do pagamento do preço à aquisição do direito de propriedade sobre a coisa.¹⁰²

O vendedor somente poderá executar a cláusula com reserva de domínio contida no contrato de compra e venda e intentar a medida judicial para levá-la a efeito mediante o protesto das prestações consubstanciadas em título de crédito. Também se apresenta como alternativa a interpelação judicial para satisfação da obrigação, medida, todavia, menos utilizada.

Para que o vendedor possa requerer qualquer medida em juízo, decorrente do não pagamento das parcelas, deverá constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial.¹⁰³

Então, para o ajuizamento de qualquer das ações possíveis diante da inobservância

¹⁰⁰ PACHECO, José da Silva. Compra e venda com reserva de domínio, mora do comprador. *Informativo semanal advocacia dinâmica*, v. 46, 1999. p. 759.

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. 1*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 466.

¹⁰² AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 229.

¹⁰³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 258. No mesmo sentido TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*.

no pagamento das prestações na compra e venda com reserva de domínio é imprescindível o título em que se consubstancia a obrigação de pagar do devedor e a prova do seu inadimplemento e conseqüente constituição em mora.

O título e o instrumento de protesto ou de interpelação judicial são indispensáveis para o ajuizamento da ação. Constituem pressupostos necessários. Quanto ao título, não se quer seja necessariamente duplicata, nota promissória ou letra de câmbio. Na falta dessas cédulas cambiais, nem por isso deixa de caracterizar a mora. Importam, na espécie, a certeza da dívida e a mora no pagamento. O contrato consignará obrigatoriamente a cifra da dívida, o número e o valor das prestações. É viável que se estabeleça a prova dos pagamentos através de recibos. Protesta-se, então, o contrato.¹⁰⁴

Ausente a documentação representativa do débito, tal qual a duplicata mercantil, poderá demonstrar o inadimplemento e constituir o devedor em mora, mediante o protesto do próprio contrato que autoriza a tirada de título contra o devedor.

De posse do documento que comprove o débito devidamente protestado, a demonstrar a constituição em mora do devedor, o credor pode exercer o direito à ação de cobrança da integralidade do débito, tanto das parcelas vencidas como das que faltam vencer, ou de busca e apreensão da coisa.

(...) na hipótese de crédito decorrente de venda com reserva de domínio, pode o autor optar: 1ª) pela execução do título executivo extrajudicial, quando houver, em reação às prestações devidas, documento idôneo, ao qual, por disposição expressa, o artigo 585 do CPC ou outra lei federal atribuir força executiva (artigo 1.070); 2ª) pela apreensão, depósito e reintegração na posse do bem, com a rescisão do contrato, quando houver mora do comprador, provada com o protesto do título (art. 1.071).¹⁰⁵

Para exercer o direito à apreensão e depósito da coisa vendida, a primeira providência a ser tomada, como visto, é a constituição em mora do devedor, diante do inadimplemento da sua obrigação, sendo suficiente o não pagamento uma prestação para oportunizar a medida, desde que efetuado o prévio protesto ou interpelação judicial¹⁰⁶.

Em se tratando desta segunda opção, insta salientar que, antes de ajuizar qualquer demanda, deve o vendedor efetuar o protesto do título, pois deve comprová-lo, ao requerer, em juízo, as providências mencionadas no art. 1.071 do CPC.¹⁰⁷

5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 297.

¹⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 383-384.

¹⁰⁵ PACHECO, José da Silva. Compra e venda com reserva de domínio, mora do comprador. *Informativo semanal advocacia dinâmica*, v. 46, 1999. p. 760-759. No mesmo sentido RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 380, RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 179.

¹⁰⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 383. No mesmo sentido BRASIL, Avio. *Reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1943. p. 76.

¹⁰⁷ PACHECO, José da Silva. Compra e venda com reserva de domínio, mora do comprador. *Informativo semanal advocacia dinâmica*, v. 46, 1999. p. 759.

Atendido ao requisito legal da constituição em mora do adquirente inadimplente, abrir-se-á a possibilidade de exercer o direito que melhor lhe convenha e escolher qual das medidas intentará.

Cumprida a exigência de constituir o comprador em mora, abre-se uma alternativa para o vendedor: a) cobrar as prestações vencidas e as vincendas; b) a resolução do contrato e a conseqüente recuperação da posse da coisa. Fica ao inteiro critério do vendedor a escolha do pedido a ser formulado (...).¹⁰⁸

Não é necessário ao credor aguardar o vencimento de mais de uma parcela do preço. Verificada a falta de pagamento de uma única prestação, poderá imediatamente executar a cláusula de reserva de domínio, porquanto as demais parcelas vencem antecipadamente.

Ao vendedor cabe optar, como melhor lhe convier¹⁰⁹, pela cobrança do débito ou pela busca e apreensão do bem sobre o qual mantém o domínio. Trata-se, assim, de direito formativo, segundo o qual, verificada a inadimplência, comprovada através do protesto do título, “a escolha entre a ação de adimplemento e a de resolução está no âmbito da livre determinação do credor não-inadimplente, descabendo ao devedor forçá-lo em um ou outro sentido”¹¹⁰.

O adimplemento equivaleria a exigir o pagamento das prestações vencidas e vincendas, enquanto a resolução é medida para o desfazimento do negócio com a busca e apreensão do bem, conduzindo às demais cominações legais.

O exercício da opção de efetuar a busca e apreensão importa, numa análise mais profunda, sem ignorar a exceção quanto à purgação da mora, na resolução do contrato havido entre as partes.

Assentindo com o caráter resolutório da ação de busca e apreensão, tem-se julgado originário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ocorre que, ao contrário do que mencionou o juízo a quo, não se está em sede de cautelar de busca e apreensão, mas de ação de apreensão e depósito proposta com base nos artigos 1.070 e 1.071 do CPC, onde vejo possível o manejo do pedido de perdas e danos, tendo em vista que com a apreensão do bem o contrato será rescindido, possibilitando a formulação de pedido de indenização pela depreciação do bem, na linha que do que preceituam os artigos

¹⁰⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 258.

¹⁰⁹ Embora seja direito potestativo do credor, há quem recomende ao julgador determinar a busca e apreensão independente do pedido, caso o inadimplemento se verifique no vencimento das primeiras parcelas: “se o atraso se deu ao início das prestações, não será razoável a cobrança da prestação vencida e de todas as vincendas, pois se o comprador pudesse pagar integralmente o preço não teria optado pela venda com reserva de domínio; neste caso, não pode prevalecer seu livre-arbítrio, devendo o juiz determinar a solução menos gravosa, que é a recuperação da coisa vendida”. LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265.

¹¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 193.

526 e 527 do CC.¹¹¹

A resolução é a possibilidade dada às partes de extinguir um vínculo contratual pelo descumprimento de uma delas da prestação a que se comprometeu quando aperfeiçoada a avença. Essa alternativa pode estar prevista expressamente no contrato ou estar implícita, decorrendo, nesse caso, da lei. Entretanto, sempre estará contida em qualquer pacto, seja expressa ou tacitamente.

‘Resolución’, en su significado etimológico, es un vocablo de origen latino que quiere decir soltar o desatar. Es la extinción de un contrato por acaecimiento del hecho que la ley o las partes, expresa o tácitamente, previeron al celebrarlo, de modo que su vida está sujeta desde un comienzo al cumplimiento, o no, del hecho previsto como causa de su extinción, en virtud de una cláusula expresa o implícita en él contenida.¹¹²

Na resolução, a extinção do vínculo contratual se dá por fato ocorrido depois de aperfeiçoada a avença e que importa no descumprimento da obrigação por um dos contratantes, ao deixar de entregar a prestação principal ou adimplir com a contraprestação.

Ademais de finalizar a ligação convencional mantida pelos contratantes, a resolução dimana o efeito de fazê-los retornar ao estado primitivo em que se encontravam antes de firmada a avença, como se contrato jamais tivesse havido.

O direito à resolução consiste no desfazimento da relação contratual, por decorrência de evento superveniente, ou seja, do inadimplemento imputável, e busca a volta ao *status quo*. É um direito formativo *extintivo* e, porque dissolve o contrato, constitui exceção notória ao princípio da *estabilidade do* vínculo em virtude de fato adventício ao seu aperfeiçoamento.¹¹³

É característica da própria mutualidade das obrigações encerradas no contrato. Ao satisfazer a sua prestação, a outra parte espera, legitimamente, que seu parceiro contratual terá a mesma atitude proba, pois com isso se comprometerá ao manifestar sua intenção de vincular-se mediante pacto.

Nos *contratos bilaterais* a interdependência das obrigações justifica a sua *resolução* quando uma das partes se torna inadimplente. Na sua execução, cada contratante tem a faculdade de pedir a resolução, se o outro não cumpre as obrigações contraídas.¹¹⁴

¹¹¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70048346613*. Apelante: Megga Tecnologia e Comércio de Máquinas Ltda. Apelada: Indústria de Matrizes Femat Ltda. Relatora: Angela Terezinha de Oliveira Brito. Porto Alegre/RS, 13 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=1691864>. Acesso em: 13 agosto 2013.

¹¹² MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 7.

¹¹³ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69-70.

¹¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 205.

A par do efeito de encerramento do pacto, a resolução contratual mantém estreita relação com a mora, tratada anteriormente. Uma vez descumprida a obrigação e, caso haja exigência legal¹¹⁵, constituído o devedor em mora, ao credor é possível exercer o direito à resolução do contrato, mormente com a perda do interesse no cumprimento da obrigação, o que não é incomum.

El sistema de resolución de los contratos por incumplimiento está profundamente ligado al sistema de la mora del deudor. El incumplimiento del obligado dentro del plazo convenido, hace, por lo general, perder interés al acreedor en el cumplimiento tardío. La falta de cumplimiento en término es, pues, circunstancia relevante a los efectos de la resolución de los contratos.¹¹⁶

Entretanto, há quem divirja quanto ao efeito resolutório contido no pedido de busca e apreensão do bem a ser postulado pelo vendedor diante do inadimplemento do comprador.

Se o vendedor optar por exigir a recuperação da coisa, para retomar a posse direta, o exercício dessa pretensão não incluirá, necessariamente, a resolução do contrato, salvo se cumular os pedidos. Pode lhe interessar retomar a posse, sem fechar definitivamente a possibilidade da purgação da mora pelo comprador, retomando-se o curso do contrato e devolvendo a este a coisa.¹¹⁷

Com a devida vênia, diverge-se da posição da relativização da pretensão de resolução do contrato pelo vendedor.

Ao propor demanda com o intuito de reaver a coisa vendida, a qual reservou para si o domínio, o vendedor pretende, sem dúvida, ver resolvido o contrato de compra e venda com reserva de domínio. Quisesse a complementação do preço, ajuizaria ação de cobrança das parcelas vencidas e vincendas.

Evidentemente poderá o comprador purgar a mora caso apreendida a coisa na ação de resolução de contrato, por força de previsão legal (art. 1.071, § 2º, CPC). Mas essa possibilidade não modifica a pretensão deduzida pelo vendedor ao propor a ação. A sentença terá necessariamente efeito constitutivo, exceto se ocorrer a purgação da mora.

Feita a opção pela resolução do contrato, seguirá, então, a medida preventiva de busca e apreensão “*inaudita altera pars*”, com o depósito do bem ao depositário oficial ou, não havendo, com o próprio requerente. Deverá ser vistoriada a coisa e arbitrado seu valor

¹¹⁵ De regra, alcançado o vencimento da obrigação com prazo estabelecido no contrato, poderá o credor optar pela exigência do cumprimento ou pela resolução do contrato, na forma o art. 475 do Código Civil, prescindindo da constituição em mora.

¹¹⁶ MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 141-142.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

considerando o estado e todas as características, tais como modelo, tipo e número¹¹⁸.

A intenção contida na previsão de busca e apreensão do bem liminarmente, desde que atendidos os requisitos legais, é garantir a retomada imediata da posse da coisa móvel vendida pelo vendedor, impossibilitando o comprador de frustrá-la com sua ocultação, hipótese em que também decairia a garantia.

Ocorrendo a mora do comprador, provada com o protesto do título, o vendedor (...) “poderá requerer, liminarmente e sem audiência do comprador, a apreensão e depósito da coisa vendida”. Essas medidas incluem-se nas ditas preventivas, pois se destinam a prevenir o desvio ou a ocultação da coisa pelo comprador, ao pressentir a iminência da resolução do contrato.¹¹⁹

Não se estaria violando qualquer direito do devedor, como poderia se argumentar, pois esse fora regularmente constituído em mora, sendo conhecedor da inadimplência de sua obrigação perante o vendedor.

Pelo contrário, percebe-se justamente a equalização da sujeição ao tempo pelo legislador: realizado o protesto, poderá o devedor purgar a mora e efetuar o pagamento do débito para manter a posse do bem, possuindo lapso temporal suficiente até se intentar medida para retirá-la. Caso não o faça, o tempo fluirá em benefício do credor, que retomará imediatamente a posse da coisa até ser resolvida a avença mediante decreto judicial, quando se reintegrará de forma definitiva.

A distribuição do ônus temporal na ação cuja pretensão é levar a efeito a cláusula de reserva de domínio, com a qual assentiram as partes ao pactuá-la, foi analisada em voto proferido em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso:

Vejo, também, que não se cuida de inconstitucionalidade, porque não se extirpou o contraditório. Existe apenas e tão-somente uma inversão da seqüência lógica dos princípios da efetividade da tutela e do contraditório e ampla defesa para se evitar um mal maior e garantir o cumprimento de vontade das partes expressa no contrato. Assim, em razão da especialidade do caso, reserva de domínio, de cláusula contratual estabelecida entre as partes e ensejado pela inadimplência do devedor, é bom frisar, torna-se necessária a inversão da seqüência dos princípios, deixando a defesa para um segundo plano. Ressalto, novamente, que não se eliminou o contraditório e a ampla defesa, apenas transferiu-os para oportunidade posterior.¹²⁰

A vistoria e avaliação do bem que seguirá à busca e apreensão, na forma do art.

¹¹⁸ LANA, João Bosco Cavalcanti. Reserva de domínio. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, v. 28, 1973. p. 22-23.

¹¹⁹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 248.

¹²⁰ MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 8.268*. Agravante: Ford Comércio e Serviços Ltda. Relator: Ernani Vieira de Souza. Cuiabá/MT, 18 de fevereiro de 1998. *Revista dos Tribunais*, v. 755, setembro de 1998. p. 359.

1.071, § 1º do Código de Processo Civil, tem por intuito identificar o bem, estabelecendo ser aquele sobre o qual recai a garantia, e determinar o seu preço nas condições em que encontrado. Conhecido o valor de mercado do bem, posteriormente se aferirão os danos suportados pelo vendedor.

Em seguida à medida liminar e mesmo antes da citação, caso não seja possível concomitantemente, realizam-se a vistoria e o arbitramento por meio de um perito nomeado pelo Juiz. Fixa-se e documenta-se o estado da coisa, com a finalidade de evitar desvios e confusões. O valor encontrado servirá para o acerto de contas entre o comprador e o vencedor.¹²¹

Diante do analisado, o *iter* necessário transcorrer no procedimento para executar a cláusula de reserva de domínio e permitir reaver o bem vendido seria o seguinte:

Na hipótese de optar o vendedor pela segunda via, deverá ocorrer: a) preliminarmente, o protesto do respectivo título; b) a apreensão e depósito liminar da coisa vendida; c) a nomeação pelo juiz, de perito para proceder à vistoria e à avaliação do bem, descrevendo-lhe o estado e caracterizando-o completamente; d) a citação do comprador para contestar ou, se houver pago mais de quarenta por cento do preço, requerer que o juiz lhe conceda trinta dias para reaver a coisa, liquidando as prestações vencidas, juros, honorários e custas; e) se o réu não contestar ou não efetuar o pagamento acima mencionado, reintegra-se o autor na posse da coisa depositada; f) desconta-se o valor arbitrado pelo perito a importância da dívida, acrescida das despesas judiciais e extrajudiciais, fazendo o autor a restituição ao réu, do saldo, que será depositado para esse efeito; g) se houver contestação, observa-se o procedimento ordinário, sem prejuízo da reintegração liminar.¹²²

Até então se abordou os requisitos necessários para deflagração dos efeitos da cláusula de reserva de domínio contida em contrato de compra e venda, ao que respeita ao protesto, à opção pela busca e apreensão do bem em detrimento da cobrança das parcelas vencidas e vencíveis, avaliação da coisa, possibilidade do comprador inadimplente purgar a mora e, ao final, a reintegração na posse definitiva.

Pende, então, a questão da devolução das parcelas pagas depois de descontando aquilo que a lei permite ao vendedor reter para indenizar os prejuízos decorrentes do inadimplemento do adquirente, se houver saldo, ou a possibilidade de cobrar aquilo que exceder o montante pago.

¹²¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 384.

¹²² PACHECO, José da Silva. Compra e venda com reserva de domínio, mora do comprador. *Informativo semanal advocacia dinâmica*, v. 46, 1999. p. 759. Em igual sentido WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 269.

2 INDENIZAÇÕES DEVIDAS EM RAZÃO DA RESOLUÇÃO

2.1 DANOS POSITIVADOS

A relação contratual tende a se desenvolver com o cumprimento das obrigações até alcançar o pleno adimplemento deles, de maneira a extinguir o contrato. Diante disso, satisfeitos estarão os anseios das partes, na medida em que atingiram o objetivo que tinham ao vincular-se.

De forma diversa, caso haja o descumprimento das obrigações pactuadas, nascerá para o lesado pelo inadimplemento o direito de exigir o seu cumprimento ou desfazer o contrato. Mais que isso, poderá desencadear danos, os quais a responsabilidade civil determina que sejam indenizados.

Instaurada a relação jurídica contratual, estão as partes vinculadas às disposições do contrato. O normal em uma relação contratual é o devedor da prestação prometida cumpri-la no prazo e na forma ajustados. O não cumprimento, porém, da prestação prometida, pode gerar a incidência das regras da responsabilidade civil contratual, que cuidam de fixar as conseqüências para o inadimplemento das obrigações estabelecidas no contrato.¹²³

Na compra e venda com reserva de domínio, o vendedor transfere a posse e permite o uso pleno do bem pelo adquirente imediatamente após firmar a avença, embora penda o

¹²³ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27.

recebimento do preço, que se fará por parcelas futuras. O faz porque espera que os pagamentos sejam realizados temporaneamente e, caso assim não proceda, poderá valer-se da garantia que recai sobre a coisa, fundada no domínio que ainda mantém.

Recebido o bem, compete ao comprador usar, gozar e retirar as vantagens que possibilita, mas, em contrapartida, deve saldar pontualmente as prestações, sob pena de ver resolvido o contrato, tornando-se exigíveis as partes subseqüentes. Abre-se, então, ao vendedor a faculdade de pedir o valor restante do preço, ou a restituição do bem, devolvidas as quantias pagas, depois de abatida a respectiva depreciação.¹²⁴

Consoante abordado nesse estudo, inadimplente o comprador, poderá o vendedor propor ação com vistas a cobrar as parcelas impagas ou buscar e apreender o bem, com a resolução do contrato, obtendo, ao final, a reintegração definitiva na posse.

Por conta da mora em que se encontra o comprador, além de se sujeitar ao procedimento judicial para o pagamento do débito ou, o que é mais relevante, à perda da posse do bem para o vendedor, suportará os encargos que decorrem ordinariamente do inadimplemento.

O principal efeito da mora do devedor é a responsabilização do sujeito passivo da obrigação por todos os prejuízos causados ao credor, mais juros, atualização monetária – segundo índices oficiais – e honorários do advogado, no caso de propositura de uma ação específica.¹²⁵

Com o exercício da pretensão resolutória do contrato de compra e venda contido na ação de busca e apreensão do bem, as partes deverão retornar ao estado em que se encontravam antes de adentrarem na relação contratual.

A resolução, então, fará com que se restitua as prestações já feitas, a de dar do vendedor e a de pagar ao comprador. Assim, retornará o bem ao patrimônio do vendedor e os valores pagos ao comprador, que, por descumprir ao que se propôs, arcará com as penalidades estabelecidas no contrato, além das perdas e danos¹²⁶.

O dever de indenizar o dano se origina da responsabilidade civil, prescrita no art. 927 do Código Civil e está fundado no dever que todos têm de observar o direito dos demais sujeitos da coletividade, de forma a não causar-lhes lesão ao patrimônio e, caso o faça, ser responsável por saná-lo.

¹²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 37.

¹²⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – V. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 215.

¹²⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265.

A responsabilidade civil surge, assim, como um dever imposto a cada um de responder por suas ações e omissões, com raízes no postulado *non nemine leadere (não lesar a ninguém)*¹²⁷.

As primeiras reações, ainda sem qualquer cunho jurídico, verificadas na história da humanidade, demonstram claramente, que o indivíduo, bem como a coletividade, sempre teve repulsa espontânea contra tudo aquilo que lhe cause dano.¹²⁸

O afastamento do dano está presente na sociedade desde os primórdios, quando sequer havia a juridicidade de atos, o fazendo pelo instinto de não querer perder aquilo que construía ou adquirira com o seu esforço individual.

Atualmente as pessoas seguem não querendo sofrer prejuízo ao seu patrimônio pela ação de outrem, pois da totalidade de bens decorre a satisfação das necessidades e o alcance de uma condição social e de vida mais aprazível.

Nessa perspectiva é que se mostra o dano como elemento imprescindível ao surgimento da responsabilidade civil, sem o qual não haverá de se falar em indenização, perecendo qualquer pretensão ante sua ausência.

Em nossos dias, no estudo da teoria geral da responsabilidade civil, seja ela contratual, seja extracontratual, o elemento dano se destaca pela sua importância. Aliás, pode-se dizer que é em torno do dano que os demais temas gravitam, pois, de acordo com o posicionamento atual, ele sempre aparece como requisito fundamental e indispensável (...)¹²⁹.

É extremamente essencial a aferição do dano, de forma que se permite denominá-lo como “‘princípio ativo’ da responsabilidade civil, a partir do que todo esse vasto campo do direito obrigacional se deixa, hoje, explicar”¹³⁰.

O dano, em si, será toda a diminuição de patrimônio suportada por um sujeito, dentro de uma relação contratual ou não, cuja lesão interessa ao direito que, por isso, a valora e resguarda, impondo o dever de indenizar. Por isso, “na perspectiva da responsabilidade civil, cabe dizer-se (...) que *dano* ou *prejuízo* é toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”¹³¹.

Se o dano pressupõe prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, a

¹²⁷ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 20-21.

¹²⁸ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 27.

¹²⁹ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 26.

¹³⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 148.

¹³¹ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 514.

indenização é a cura do mal imposto pela lesão aferível causada ao patrimônio de alguém, por ação ou omissão de determinado sujeito (art. 186, CC).

A indenização é a meta procurada pelo que sofreu o dano. E só será satisfatória se antes forem delimitadas as fronteiras do dano. Dano e indenização deveriam ser lados opostos da mesma moeda ou figuras geométricas de idênticas dimensões. Onde, como, quando e em que valor for verificado o dano, ficando uma lacuna como seu efeito, conseqüentemente, deverá justapor-se a figura da indenização, encaixando-se perfeitamente no vazio deixado pelo dano.¹³²

Tornar indene a lesão na exata extensão em que causada é ao que se propõe a responsabilidade civil, reconstituindo o estado em que se encontrava o lesado antes de sua ocorrência. Por essa razão, há o interesse jurídico sobre o dever de não lesar na indenização de eventual dano.

O dano interessa ao ordenamento jurídico, justamente porque vem feri-lo, visto que nada mais é que a lesão a um direito, preservado por este mesmo ordenamento jurídico. Basta a lesão ao direito da pessoa para que se configure o dano.¹³³

Ao teor que se verifica, o direito à indenização surge da ofensa por alguém ao bem de outrem, outorgando o direito a buscar o equivalente ao dano sofrido por uma ação ou omissão.

A verdade é que uma conceituação mais adequada aos nossos dias exige que o dano seja entendido como o resultado da ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que confere ao ofendido, como consequência, a pretensão a uma indenização.¹³⁴

Para que a indenização seja justa, deverá satisfazer integralmente o bem jurídico tutelado lesado pelo causador do dano. Não deverá ser nada além nem aquém daquilo em que importou o dano, porque no primeiro caso haverá incremento indevido ao patrimônio do prejudicado e, no segundo, ao do lesante.

Assim, se o conceito de dano não for satisfatório, quer pecando pela insuficiência, quer pecando pelo exagero, a indenização não corresponderá nem aos anseios do prejudicado, nem ao fim colimado pelo Direito.¹³⁵

Referiu-se, diversas vezes, ser obrigação do comprador no contrato de compra e venda com reserva de domínio efetuar o pagamento das parcelas que vencem de forma diferida no tempo, no termo em que estipulado, sob pena do vendedor tomar as medidas

¹³² CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 28.

¹³³ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 49.

¹³⁴ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 50.

¹³⁵ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 28.

asseguradas pela lei, de exigir a cobrança do saldo antecipadamente ou buscar e apreender o bem.

O comprador é obrigado a cumprir as prestações pontualmente, tanto que a simples mora autoriza o credor ou a pedir a execução da dívida, recaindo a penhora no próprio bem vendido, mas ainda de seu domínio, ou a requerer a reintegração na posse do bem, hipótese em que lhe compete devolver ao réu o saldo, apurável através de arbitramento do valor do mesmo bem o do desconto da importância devida, acrescida das despesas judiciais e extrajudiciais.¹³⁶

No caso de se proceder na busca e apreensão do bem móvel sobre o qual recai a garantia, mais do que decair do direito à posse, o comprador perderá em favor do vendedor parte ou a integralidade das quantias referentes aos danos suportados por esse.

As partes podem estabelecer quando aperfeiçoado o contrato de compra e venda com reserva de domínio, inclusive, o que será indenizável no caso de rompimento da avença, mormente na resolução decorrente do inadimplemento do comprador.

Os contractantes podem avençar, de logo, no contracto, que, dada a hipótese de inadimplemento da condição, o vendedor será indenizado pelo uso e conseqüente depreciação da coisa vendida e condicionalmente entregue ao comprador, indenização cujo valor pode ser fixado, ou, mesmo, representado pelas prestações do preço por elle, vendedor, recebidas.¹³⁷

Desde muito tempo, antes mesmo da modalidade especial da reserva de domínio estar prevista na lei civil, permitia-se estipular que a indenização recaísse sobre as prestações pagas pelo vendedor, para cobrir a depreciação da coisa vendida.

Entretanto, se assim não pré-estabelecerem os contratantes, havendo inadimplemento do comprador e escolhendo o vendedor o caminho da busca e apreensão do bem vendido, a lei lhe assegura a retenção dos valores correspondentes às parcelas pagas para indenização dos prejuízos originários do exercício da posse e para reaver a coisa.

Se o vendedor optar pela recuperação da coisa vendida, em vez de cobrança das prestações vencidas e vincendas, poderá reter os valores recebidos para cobertura de todas as despesas e prejuízos decorrentes da posse direta do comprador e da própria retomada.¹³⁸

Não só poderá o vendedor reter as quantias pagas por decorrência da lei, mas terá a prerrogativa de proceder na cobrança daquilo que faltar depois de procedida a apuração dos danos.

¹³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 378.

¹³⁷ OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 132.

¹³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265.

O Código Civil, no art. 527, introduziu a permissão, quando eleita a via de recuperação da coisa, para reter o credor o equivalente à depreciação da coisa, e inclusive oportuniza a cobrança do que faltar para o ressarcimento dos prejuízos.¹³⁹

Embora seja direito *ex lege* do vendedor a retenção das parcelas pagas pelo adquirente e a cobrança de eventual excedente, o exercício da prerrogativa depende de decisão judicial a autorizando¹⁴⁰, pois, embora as rubricas passíveis de tornarem-se indenês estejam previstas em lei, sua qualificação como tal depende de apreciação pelo julgador.

A retenção dos valores dependerá de decisão judicial, nos limites também decididos judicialmente. São três os valores que o vendedor pode exigir do comprador: a) despesas com a depreciação e prejuízo; b) despesas despendidas para recuperar a coisa; c) direitos convencionais e legais.¹⁴¹

Então, operada a resolução através de medida judicial, restará o acerto de contas entre as partes¹⁴². O vendedor terá as prestações pagas pelo comprador, que deverão ser restituídas. Antes, porém, poderá deduzir o valor referente à depreciação da coisa, as despesas realizadas e o que mais que de direito lhe for devido, devolvendo o saldo ou cobrando o que faltar para tanto, nos termos do art. 527 do Código Civil.

O comprador adquire a coisa com reserva de domínio com a intenção de usá-la imediatamente e pagar o preço de forma parcelada, com prestações vencíveis no futuro. Não fosse assim, formaria poupança para adquiri-la posteriormente, quando tivesse a integralidade do valor.

O bem tende a ser extrema e constantemente utilizado pelo adquirente, pois na maioria das vezes é aquilo produzido por ele próprio que gerará os valores necessários para quitação das parcelas.

Tudo isso é absolutamente justo e plausível dentro da compreensão do sinalagma contratual, em que o vendedor permite o uso e gozo da coisa mesmo sem ter recebido a integralidade do preço e o comprador efetua nos prazos previstos o pagamento das parcelas.

Ocorre que, com o tempo, o bem se sujeita a desgaste por essa utilização contínua e extremada do adquirente. Considerando o adimplemento do contrato, ao comprador é natural que suporte o ônus da depreciação do bem, pois é isso que permite gerar riqueza antes mesmo

¹³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 385.

¹⁴⁰ Ou composição dos danos, na forma do art. 840 do Código Civil.

¹⁴¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265-266.

¹⁴² NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 259.

de integralizar os pagamentos¹⁴³.

Por outro lado, a considerar o descumprimento da avença, ao vendedor não é justificável sofrer com a diminuição do patrimônio que esteve à disposição do adquirente, notadamente por ter de suportar os ônus do inadimplemento.

A depreciação decorre de fatores naturais ou impessoais, como o tempo de uso, o desgaste, a superação tecnológica. De qualquer forma, o comprador usufruiu vantagens e proveitos pelo uso da coisa, até sua devolução, devendo correr contra ele os riscos da depreciação. A depreciação pode também ter origem em fatores humanos, principalmente pelo mau uso e falta de conservação devida pelo comprador. Incluem-se nos valores da depreciação os prejuízos sofridos pela coisa em virtude de danos causados por atos e omissões do comprador ou de terceiros, ainda que contra estes tenha direito de regresso.¹⁴⁴

Mais que esse desgaste decorrente do uso regular, poderá haver depreciação por não conservar adequadamente o bem, não fazer a manutenção necessária e mesmo por ato volitivo do comprador com vistas a degradá-lo. Da mesma forma, as rubricas decorrentes disso poderão ser retidas.

A depreciação do bem se afere mediante a avaliação procedida no bem pelo *expert* nomeado pelo juízo logo após a busca e apreensão do bem (art. 1.071, § 1º, CPC), subtraída do valor do bem quando da pactuação da compra e venda com reserva de domínio, constante do próprio instrumento ou de documento fiscal.

O resultado dessa operação demonstrará a diminuição do valor da coisa em razão do uso pelo comprador, agora originário não de justa causa, diante do inadimplemento do contrato.

A depreciação da coisa depende de aferição por perito. Por se tratar de coisa móvel, há forte tendência para depreciação, pois o uso leva a seu desgaste. Todavia, é possível que, em vez de depreciação, haja valorização, situação que não foi cogitada pelo artigo sob comento. Exemplo frisante dessa última hipótese é o da venda de animais novos, cujo crescimento leva à valorização. Outro exemplo é o de benfeitorias e melhoramentos na coisa, que compensem a depreciação decorrente do tempo de uso.¹⁴⁵

Parte da doutrina trata da possibilidade de valorização da coisa, a compensar o desgaste, como no caso da venda de animais e de benfeitorias no bem objeto do pacto adjeto

¹⁴³ Em sentido contrário, entendendo que o desgaste natural corre por conta do comprador: “o vendedor, caso efetue despesas na recuperação da coisa, por motivo de deterioração, não as decorrentes do seu desgaste natural, poderá descontá-las do valor a ser devolvido”. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 259.

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.

de reserva de domínio.

Não se nega a possibilidade de considerar esse acréscimo no valor do bem, quando, então, se somaria ao valor da coisa, depois de abatido o respectivo de depreciação.

Todavia, são raríssimas as hipóteses disso acontecer, pois a maioria das “melhorias” são, na verdade, a manutenção para perfeita e completa utilização do bem. Ademais, ditas melhorias serviriam para dar mais efetividade à produção de riqueza ao comprador, cuja legalidade do incremento se abordará adiante.

Prescreve, outrossim, o art. 527 do Código Civil, segundo o qual, as despesas feitas, ou seja, todo o gasto comprovadamente feito com um determinado objetivo, como meio para alcançá-lo, poderão ser descontadas do valor a ser devolvido ao comprador inadimplente.

Inadimplido o contrato de compra e venda com reserva de domínio, o fim perseguido pelo vendedor é retomar o bem, com fundamento em decisão judicial, incorporando-o novamente ao seu patrimônio. Assim, tudo aquilo que seja despendido pelo vendedor para permitir a retomada poderá ser retido das parcelas pagas.

As despesas feitas dizem respeito aos gastos comprovados com a recuperação da coisa, e exclusivamente nelas. Incluem-se as despesas com transportes, consertos, reparos, desde que não ultrapassem as condições originárias da coisa.¹⁴⁶

Dessa forma, o transporte, o deslocamento de pessoal especializado, despesas com o armazenamento e tudo mais que for necessário para que o bem retorne ao comprador no pretérito estado de conservação poderá ser exigido do adquirente e suprimido do valor a ser restituído.

Por fim, serão consideradas despesas aquelas ditas judiciais e extrajudiciais. A previsão está contida na lei processual civil, art. 1.071, § 3º, complementando as hipóteses contempladas da lei material civil.

Por despesas judiciais tem-se as custas do processo, condução do oficial de justiça, os honorários do perito avaliador e todo emolumento necessário para acionar a jurisdição para atender a pretensão do comprador.

Incluem-se nas despesas judiciais os honorários de advogado, pois trata-se de custo para propor a ação. A responsabilidade pelo pagamento decorre do princípio da causalidade prescrito no art. 20 do Código de Processo Civil. Tendo o comprador dado causa ao

¹⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.

¹⁴⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.

ajuizamento da ação ao descumprir o contrato, impondo ao vendedor valer-se da tutela jurisdicional, deverá aquele arcar com tal ônus.

A expressão despesas extrajudiciais diz respeito essencialmente aos valores despendidos com a lavratura do protesto à serventia estatal, requisito essencial para propositura da demanda de resolução com a busca e apreensão do bem. Fazendo-se necessários outros custos para a fase anterior ao ajuizamento da ação, igualmente se enquadrará em despesas extrajudiciais.

Diante disso, aclaradas estão as rubricas expressamente previstas no Código Civil e no Código de Processo Civil que poderão ser abatidas do valor das parcelas pagas pelo comprador antes do vendedor as devolver, as quais não demandam maior exercício interpretativo.

2.2 A PROBLEMÁTICA DO “MAIS QUE DE DIREITO LHE FOR DEVIDO”

Tratadas as hipóteses positivadas de forma expressa na legislação, faz-se necessário o estudo da previsão contida no final da primeira parte do art. 527 do Código Civil para quando optado pela busca e apreensão do bem, que é aberta e necessita do labor interpretativo.

Refere o texto legal que, das prestações pagas, poderá ser retido o necessário para cobrir, também, o que mais de direito for devido ao vendedor lesado pelo inadimplemento do comprador, quando houver a cláusula especial de reserva de domínio.

Seu conteúdo revela ser uma das ditas cláusulas abertas, pelas quais primou o legislador do Código Civil de 2002, para possibilitar a atividade interpretativa e adequação à realidade social pela doutrina e jurisprudência.

Porém, pouco exercício hermenêutico tem se dispensado para determinar o que comportaria a expressão “mais que de direito lhe for devido”, a despeito da forma especial de compra e venda ter ressurgido fortemente com o advento da nova legislação civilista.

A escassez de estudo sobre o tema e a diversidade interpretativa dada a ele se constatou desde quanto os primeiros juristas se voltaram a desbravar o pacto adjeto de reserva de domínio.

Depois de muito ler sobre o instituto jurídico de *reserva de domínio*,

achamos terrenos ainda áridos e desconhecidos, e vimos quão diversa é a opinião dos juristas sobre o assunto.¹⁴⁷

A insistência furtiva sobre o estudo do assunto levou Artur de Castro Borges a afirmar, ao tratar do tema, jamais, na casuística, ter conseguido dois juízes que ao menos titulassem uma inicial, embora todas tivessem o mesmo estilo, a mesma disposição e o mesmo fecho ou pedido, com o mesmo nome. Assim, teve ações que versavam sobre reserva de domínio de “possessória”, “busca e apreensão”, “ação de reserva de domínio”, “livro IV” e “especial do livro IV”, além de outras denominações menos comuns¹⁴⁸.

Por conta disso, em 1945, Fortunato Azulay alertou para a

(...) necessidade de uma lei material sobre a modalidade do pacto de reserva de domínio na c. (compra) e v. (venda) uma vez que o código de processo civil seria insuficiente para explicar e formular a execução do contrato no caso de inadimplemento, fazendo surgir as mais variadas questões na aplicação prática e no julgamento pelas Cortes.¹⁴⁹

A necessidade de haver legislação material positivando o tema somente fora suprida com o advento do referido Código Civil de 2002, mais de cinquenta anos da crítica feita pela doutrina.

A partir de então as dificuldades só mudaram o campo de incidência, deixando de lado a questão da possibilidade da medida, os requisitos necessários e a forma de levar a efeito a cláusula de reserva de domínio e passando, atualmente, a levantar sobre os danos passíveis de indenização sofridos pelo vendedor.

Referiu-se, outrora, que o descumprimento de uma obrigação contratualmente prevista pode acarretar em perdas e danos ao lesado, se impondo ao que os causar, indenizá-los, em decorrência da responsabilidade civil que lhe recai.

A responsabilidade se conceitua como obrigação que incumbe a alguém de ressarcir o dano causado a outrem, em virtude da inexecução de um dever jurídico de natureza legal ou contratual que o agente devia conhecer e observar.¹⁵⁰

No contexto hodierno é fundamental que a responsabilidade civil atue no campo contratual, imputando o dever de indenizar ao contratante que não adimplir com aquilo a que se obrigou perante o outro. Assim, se assegurará, ao que suportar a lesão, que a ordem jurídica

¹⁴⁷ BRASIL, Avio. *Reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1943. p. 11.

¹⁴⁸ BORGES, Artur de Castro. A reserva de domínio no novo código processual. *Jurídica do Instituto do açúcar e do álcool*, v. 124, 1974. p. 183.

¹⁴⁹ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 197.

imputará obrigação pecuniária decorrente do inadimplemento do devedor.

A instituição de uma responsabilidade pelo não cumprimento do contrato, como já dito, constitui condição fundamental para o incremento das relações jurídicas em sociedade. É preciso que a ordem jurídica dê ao contratante uma garantia de que aquele que não cumprir a obrigação que assumiu responderá com o seu patrimônio, seja para que se dê o cumprimento forçado daquilo que não quis espontaneamente fazer, seja para que se obtenha uma compensação financeira (indenização) para a parte prejudicada com o inadimplemento, ou com o cumprimento defeituoso da obrigação.¹⁵¹

Para alcançar o fim a que se propõe, a indenização deve compreender todos os aspectos daquilo que o lesado teve afetado, para recompor os danos experimentados. A necessidade de indenizar integralmente o vendedor sujeito ao inadimplemento do comprador contém, mais que o interesse jurídico, o econômico-social, com vistas a tornar respeitável a proteção de seus interesses¹⁵².

De forma a permitir que a indenização alcançasse a integralidade dos direitos pecuniários lesados pelo comprador inadimplente, o legislador inseriu o permissivo para que o vendedor lesado, que tenha escolhido o caminho da busca e apreensão, pudesse cobrar determinadas despesas, tratadas no título anterior, e tudo mais que o direito permitisse.

O vendedor poderá, optando pela recuperação do bem, se quiser, reter as prestações já pagas até o montante necessário para cobrir a depreciação do valor da coisa, as despesas judiciais ou extrajudiciais feitas e a tudo o que faz jus.¹⁵³

Em virtude da legislação em vigor, pode o vendedor reter as parcelas pagas pelo comprador até que seja satisfeito tudo aquilo que legalmente se aferiu de danos. Mais que isso, não sendo suficientes as prestações, é dado cobrar o restante, até se integralizar a indenização.

A propósito, cumpre esclarecer que, ao fim a que se pretende com esta análise, retenção de parcelas pagas e cobrança do saldo terão a mesma conotação, consistente em exigir indenização do adquirente inadimplente.

Entretanto, nem sempre foi assim.

As primeiras análises sobre a possibilidade da indenização ao comprador lesado e cuja opção tenha sido pela resolução do contrato e conseqüente busca e apreensão do bem

¹⁵⁰ WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 121.

¹⁵¹ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 34.

¹⁵² AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 212.

eram consideradas em desacordo com os princípios de direito.

Reputava Abgar Soriano de Oliveira, ser exagerado e, até mesmo imoral, se buscar, além da indenização pela depreciação da coisa vendida sob condição de reserva de domínio, outras decorrentes da inexecução do contrato¹⁵⁴.

Transcorrido algum tempo, havia interpretações que taxavam de leoninas e usurárias disposições que permitiam buscar e apreender o bem pelo inadimplemento de uma única parcela e reter o pagamento para indenização dos danos suportados pelo vendedor.

O problema decorrente deste tipo de venda, generalizado no campo de utilidades domésticas, máquinas de costura, automóveis etc., é evitar as cláusulas leoninas, pelas quais os vendedores podem reaver o objeto vendido na falta de pagamento de qualquer prestação, sem nada devolver ao comprador, praticando verdadeiro ato usuário.¹⁵⁵

Com uma visão a beneficiar o inadimplente, logo após a entrada em vigor do novel código civil, alguns doutrinadores se mostravam avessos à ideia de que comprador devedor deveria tornar indenidos os danos causados ao vendedor. Inclusive, avistavam um enriquecimento indevido do lesado ao reter as parcelas, em manifesta inversão aos princípios de direito contidos na lei recente (boa-fé, por exemplo). Também, desconsiderando que recaem sobre o vendedor as consequências da inadimplência culposa do adquirente.

O comprador, que pagou parte do preço, mas o não pagou inteiro, perderia a coisa e as prestações pagas. O vendedor, que já recebeu parte do preço, mas não o recebeu inteiro, receberia de volta a coisa. Ora, tal solução implicaria séria injustiça, pois possibilitaria um enriquecimento indevido do vendedor que, simultaneamente, receberia de volta a coisa e conservaria as prestações já pagas.¹⁵⁶

Ainda hoje há resistência sobre a possibilidade de cobrar outras verbas diante do inadimplemento e busca e apreensão do bem. Há entendimento segundo o qual seria necessária a previsão contratual das rubricas indenizáveis, negando vigência ao teor da norma que permite a cobrança de tudo que legalmente for possível e seja comportado pela lei.

No caso do vendedor pleitear rever o bem, é obrigado a restituir ao comprador as prestações pagas e reter o correspondente à depreciação da coisa, às despesas tidas para a cobrança e demais consectários contratualmente previstos.¹⁵⁷

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. 1*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 466.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 132.

¹⁵⁵ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 90.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 179-180.

¹⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – V. 3*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 159.

Mas há evolução a permitir a correta compreensão sobre a especialidade da cláusula que estabelece a reserva de domínio, constatando que o lesado suporta diversos danos ao ver descumprido o contrato pelo qual se obrigou o comprador a pagar parcelas periódicas e que, ainda assim, usufruiu e se beneficiou do bem, produzindo riquezas e aumentando seu patrimônio.

A mora pode gerar diversos danos, como os decorrentes da utilização que o credor poderia ter feito do bem, a perda dos juros que poderia ter obtido, a perda do valor de revenda do bem, os custos de exigir novamente a prestação, etc.¹⁵⁸

Porém, ainda é acanhado o enfrentamento da questão dos danos que suporta o vendedor, a comportar indenização, e do benefício sem justa causa que auferir o comprador inadimplente.

Então, serão estabelecidas rubricas que se vislumbram indenizáveis diante do descumprimento do contrato de compra e venda com reserva de domínio pelo comprador e escolha pelo vendedor da alternativa de efetuar a busca e apreensão do bem que importa, invariavelmente, em resolução do contrato, as quais a lei denomina como aquilo mais que de direito for devido.

A primeira hipótese que estaria contida naquilo que de direito for devido ao vendedor é a cláusula penal convencionada pelas partes no contrato de compra e venda com reserva de domínio.

A contemporânea doutrina tem admitido que a cláusula penal poderia ser cobrada como um dos direitos servíveis a indenizar o vendedor lesado pelo inadimplemento do comprador.

Tem ainda direito o vendedor a exigir o pagamento de valores correspondentes a direitos oriundos do contrato ou da lei, em virtude do inadimplemento do comprador. São equivalentes aos que teria se optasse pela cobrança integral das prestações vencidas e vincendas, isto é, compreendem a cláusula penal, que não poderá ultrapassar os limites legais, juros moratórios, que não poderão ultrapassar o limite de 12% ao ano, quando convencionados (...).¹⁵⁹

A cláusula penal é a “regra de natureza negocial que conecta uma pena ao inadimplemento de uma obrigação”¹⁶⁰. A teor disso, verificado o descumprimento de uma

¹⁵⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 83.

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.

¹⁶⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 233.

obrigação, de imediato nasceria o direito do lesado de exigir o valor correspondente à penalidade estipulada contratualmente.

Com a convenção de cláusula penal é oportunizado às partes que antecipadamente pré-estabeleçam o montante indenizatório o qual será devido pelo contratante que descumprir com a sua obrigação ao outro¹⁶¹.

A cláusula penal é pactuada pelas partes no caso de violação da obrigação, mantendo relação direta com o princípio da autonomia privada, motivo pelo qual é também denominada *multa contratual* ou *pena convencional*. Trata-se de uma obrigação acessória que visa a garantir o cumprimento da obrigação principal, bem como fixar, antecipadamente, o valor das perdas e danos em caso de descumprimento.¹⁶²

Sua função, além de fixar previamente o valor de indenização que se pagará ao lesado pelo inadimplemento, serve também para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação, detendo caráter coercitivo.

Numa análise mais superficial, a cláusula penal seria uma espécie de sanção de natureza civil, semelhante às de natureza penal ou administrativa, vertendo, todavia, em benefício do credor. Uma análise mais acurada, entretanto, evidencia que, mais que um meio de coerção ao devedor que, temendo a sanção, daria sua prestação, a cláusula penal também tem o efeito de fixar e de liquidar previamente os danos decorrentes do inadimplemento¹⁶³.

(...) talvez influenciada pelo movimento histórico de extinção de penas de natureza civil, a doutrina viu e costumou-se a ver na cláusula penal um instituto unitário, mas de função dúplice ou híbrida: ela seria um misto de pena e de indenização. Por um lado, ela coage psicologicamente, atuando para que o devedor, temeroso dos efeitos da cláusula penal, pague corretamente. Por outro lado, caso houvesse inadimplemento, os danos já estariam pré-liquidados, de modo que o credor não precisaria ocupar-se com a demonstração da existência de prejuízo e do montante deste, o que lhe poupa muito trabalho e, por outro lado, torna seu crédito mais efetivo.¹⁶⁴

Prevista no contrato de compra e venda com reserva de domínio, a cláusula penal servirá como uma imediata indenização por danos sofridos pelo vendedor lesado, prescindindo de prova de sua ocorrência, sendo deflagrada pelo mero descumprimento

¹⁶¹ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 59.

¹⁶² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – V. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 247.

¹⁶³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 237. No mesmo sentido TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – V. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 247.

¹⁶⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 237.

contratual.

A cláusula penal compensatória constitui prefixação de perdas e danos. Sua maior vantagem reside no fato de que ao credor basta provar o inadimplemento imputável ao devedor, ficando este obrigado ao pagamento da multa estipulada. Não existindo a previsão de multa, deveria o credor, como regra geral, provar a ocorrência de perdas e danos.¹⁶⁵

Dessa forma, o vendedor lesado seria indenizado pelo não pagamento das parcelas mediante o estabelecimento de cláusula penal no contrato de compra e venda com reserva de domínio, de forma a receber compensação pecuniária pelo inadimplemento independente da prova da sua ocorrência.

(...) na compra e venda com reserva de domínio, optando o credor por recuperar a posse da coisa vencida (art. 526, segunda parte), o art. 527 limita a indenização e, por conseguinte, a eventual cláusula penal ao montante necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito for devido ao credor, sendo devida em caso de recuperação da coisa (...).¹⁶⁶

Embora refira a doutrina que a cláusula penal seria limitadora da indenização devida pelo comprador, inclusive contendo a depreciação da coisa e as despesas feitas, ela servirá de início de indenização se assim estabelecido contratualmente, quando comportará indenização suplementar.

A possibilidade decorre da norma contida no art. 416, parágrafo único, do Código Civil, que limita a indenização à pena convencional, exceto se estabelecido que ela servirá de indenização mínima, dependendo da complementação da prova de sua ocorrência.

Se há previsão de cláusula penal moratória (...), os prejuízos decorrentes da mora encontram-se pré-quantificados, salvo se o negócio permitir indenização suplementar (art. 416, parágrafo único).¹⁶⁷

Por isso, é imprescindível que haja a convenção de que a cláusula penal servirá como mínimo de indenização no contrato de compra e venda com reserva de domínio para permitir as demais indenizações pertinentes. Sua ausência fará com que a reparação dos danos fique integralmente contida na pena convencional.

O art. 416, *caput*, do CC, prevê que a parte interessada não precisa

¹⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 153-154. Em igual sentido WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 138.

¹⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 261.

¹⁶⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 84.

provar o prejuízo para ter direito à multa. Como regra geral, ainda que o prejuízo exceda a cláusula penal, o prejudicado não pode exigir indenização suplementar se tal regra não constar do contrato. Mas se no contrato estiver prevista esta possibilidade de cumulação, funciona a multa como taxa mínima de indenização, cabendo ao credor provar o prejuízo excedente para fazer jus à indenização suplementar.¹⁶⁸

Para tudo além da cláusula penal, no entanto, deverá haver prova do dano para que seja possível postular a indenização em face do comprador inadimplente, pois “a indenização suplementar segue as regras comuns à indenização. Caberá ao credor provar o dano e sua extensão. A pena será início de indenização. Porém, se o credor não conseguir comprovar dano suplementar, não lhe é retirado o direito à pena”¹⁶⁹.

Entretanto, é relevante que a prova do dano siga as normas de direito processual. Para equalizar e distribuir equitativamente o ônus probatório da sua ocorrência, inclusive pela teoria da sua distribuição dinâmica¹⁷⁰, se impõe, ao vendedor, a demonstração mínima, através do contrato e da própria natureza do bem vendido, da ocorrência de outros danos. Cumpre ao comprador comprovar que, pelo contrário, não se beneficiou do bem ou utilizou-o para o fim a que se destinava.

A questão da demonstração dos danos também tem ligação com o fundamento da compra e venda com reserva de domínio, que é permitir a utilização da coisa pelo comprador, retirando-lhe todos os benefícios, com o pagamento das parcelas de forma diferida no tempo.

Ora, se a posse, uso e gozo se dão imediatamente, recai sobre o comprador a presunção, admitida prova em contrário, de que o bem lhe proporcionou as vantagens que ordinariamente dele advém.

A toda evidência, quem adquire um carro mediante compra e venda com o pacto adjeto, dele está a usufruir para o transporte, ainda que particular. Igualmente, aquele que compra uma máquina impressora, material impresso está a produzir. Em qualquer das hipóteses, não fosse assim, não seria necessário fruir imediatamente a posse.

Em face da permissão de que aquilo mais que de direito for devido ao vendedor diante da busca e apreensão decorrente do inadimplemento do contrato contemple indenização

¹⁶⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – V. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 256-257.

¹⁶⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 287.

¹⁷⁰ “Segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil – V. 2*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 62.

suplementar à cláusula penal, desde que minimamente demonstradas, serão abordadas, ainda, outras duas verbas.

Também é rubrica plausível de ser indenizada pelo comprador na compra e venda com a cláusula especial de reserva de domínio, a locação.

A locação consiste na cedência temporária de um bem infungível para uso e fruição por um sujeito a outro, cumprindo ao último pagar uma remuneração em contra partida, que se designa aluguel¹⁷¹.

A locação de coisas pode ser conceituada como sendo o contrato pelo qual uma das partes (locador ou senhorio) se obriga a ceder à outra (locatário ou inquilino), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa remuneração, denominada aluguel (...).¹⁷²

A coisa locada, assim como ocorre na compra e venda com reserva de domínio, deve ser infungível, denotando proximidade entre as duas modalidades de dispor da posse de bens. Dessa forma, a locação de bens móveis exige que eles sejam infungíveis, na medida em que, se a cedência for de coisa fungível, o contrato será de mútuo¹⁷³.

É figura intrínseca à locação a obrigação de cessão de uso e de gozo da coisa pelo locatário, com vistas a perceber a remuneração contratada do locador¹⁷⁴.

O objeto da locação é o *uso e gozo* de bem fungível. (...) Gozo (...) significa o direito de explorar economicamente a coisa. É sinônimo de fruição. Goza de um bem a pessoa que dele extrai frutos ou produtos.¹⁷⁵

Novamente constata-se a similitude com a compra e venda com reserva de domínio, pois há a imediata cedência do direito a uso e retirada de todas as vantagens originárias da condição, ao locatário, assim como se faz ao adquirente naquele caso.

Haverá, também, uma contraprestação vencível periodicamente a que o locador terá direito, por ceder o uso e gozo da coisa, igualmente como devem ser pagas as parcelas na compra e venda com cláusula de reserva de domínio.

Locador e locatário contraem obrigações interdependentes. Ao direito de uso e gozo da coisa é correlata a obrigação de pagar o

¹⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – V. 3*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167. No mesmo sentido WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 298, e BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 51.

¹⁷² TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 352.

¹⁷³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176.

¹⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 51.

¹⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – V. 3*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.

aluguel, do mesmo modo que ao direito de receber o aluguel corresponde a obrigação de proporcionar e assegurar o uso e gozo da coisa locada.¹⁷⁶

A equivalência de prestação e contraprestação ligada a uma obrigação de ceder o uso e outra correspondente de pagar prestações vencíveis no tempo na locação também é afeita à compra e venda com reserva de domínio.

O binômio “prestação *versus* contraprestação”, inerente aos contratos onerosos, é nítido, no campo da locação: o locador sofre uma perda econômica inicial, demitindo-se da posse (...), mas que é logo compensada pelos aluguéis auferidos, que se incorporam a seu patrimônio, enquanto que o locatário experimenta a perda dos valores dos locativos pagos, que jamais retornarão ao seu bolso, mas é recompensado pela posse direta do bem, que pode usar e fruir, como se lhe pertencesse.¹⁷⁷

Nesse sinalagma de prestações, o pagamento do aluguel se caracteriza como a forma de remunerar o locador pela utilização do bem pelo locatário, que dele retira todo o proveito possível.

Pagar o aluguel, que é uma remuneração compensatória pelo uso da coisa, podendo ser pago de uma só vez ou periodicamente, sendo normalmente estipulado no contrato mas, no silêncio das partes, podendo ser fixado de acordo com os usos e costumes locais¹⁷⁸.

O valor correspondente ao aluguel não necessariamente deverá estar previsto no instrumento contratual, podendo ser estabelecido em valores e em conformidade com os costumes locais.

Caso findado o contrato e o locatário furte-se de restituir à coisa ao locador, contra ele seguirá correndo o valor do locatício, que poderá ser arbitrado em valor relevando o inadimplemento da obrigação de devolver a posse.

Se, findo o contrato, o locatário se recusar a devolver o objeto alugado, pagará, enquanto o tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar (...).¹⁷⁹

Impende, com isso, ser valor da locação alcançado mediante uma avaliação da prática usual no contexto local de mercado para aquele bem, de forma que não haja um desequilíbrio entre as prestações.

¹⁷⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 333.

¹⁷⁷ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 17.

¹⁷⁸ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 300. No mesmo sentido BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 51.

¹⁷⁹ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 301. No mesmo sentido TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 258.

O aluguel deve sempre corresponder ao justo valor de mercado, sob pena de se romper o equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, que é característico dos contratos onerosos comutativos.¹⁸⁰

A locação pressupõe o pagamento de aluguel pelo uso. Assim, estando em uso o bem e dele retirando frutos, o locatário, devido são os alugueres. Entretanto, se cessada a locação e restituído o bem, de forma com que o locador possa fazê-lo a terceiro, percebendo novo aluguel, se cessa a obrigação do anterior locatário¹⁸¹.

A remuneração pela disposição de um bem, à semelhança do que ocorre na locação, é comum a diversos contratos e tem por objetivo levar a efeito o binômio utilização/retribuição entre as partes.

O pagamento de aluguel nem sempre traduz a existência de contrato de locação. Há outras espécies de utilização da coisa alheia, em que também se estabelece um “aluguel”, cuja natureza seria o de simples taxa de ocupação, para evitar o enriquecimento sem causa.¹⁸²

Todas as formas de permissão de uso da coisa mediante uma remuneração, ainda que contenham peculiaridades, as quais essencialmente as diferenciem, aproximam a locação de outras espécies de contratos.

Dentre as figuras contratuais próximas, a compra e venda com reserva de domínio contém diversas semelhanças, abordadas anteriormente. Em virtude dessa afeição da compra e venda com reserva de domínio, no passado, tentou a doutrina desnaturar a cláusula especial e assimilá-la à locação¹⁸³.

A elementar divergência da locação se dá pela circunstância de que a posse exercida pelo comprador mediante estipulação de reserva de domínio tem por finalidade adquirir a propriedade plena, que se encontra em condição suspensiva até o pagamento da integralidade do preço. Entretanto, o direito de uso e gozo é similar ao que exerce o locatário.

Enquanto não se torna proprietário da coisa vendida, o comprador é mero possuidor, tanto que vá satisfazendo pontualmente o pagamento das prestações. Embora não possa ser considerado locatário, o direito de usar a coisa assemelha-se as de quem a possuiu a esse título. Tem sobre a coisa, em sua, *jus possessionis*.¹⁸⁴

Tais circunstâncias permitem que o aspecto de remuneração pelo uso inerente à locação se aplique na compra e venda com reserva de domínio. Destarte, é plausível exigir

¹⁸⁰ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 140.

¹⁸¹ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 299-300.

¹⁸² SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 139.

¹⁸³ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 132-133.

indenização complementar pelos locatícios incidentes no período em que o comprador teve uso e gozo sobre o bem, cujo domínio pertencia ao vendedor, como se locatário fosse, uma vez que a propriedade não se consolidou em favor daquele, inadmitindo-se dizê-lo proprietário, diante da resolução originária do inadimplemento¹⁸⁵.

Outra rubrica possível de exigir por conta da resolução da compra e venda com reserva de domínio importa no ressarcimento ao vendedor lesado pelo inadimplemento por enriquecimento sem causa do comprador.

O enriquecimento sem causa tem origem na necessidade de tornar as relações civis equitativas, com vistas a evitar que haja distorção na condição entre os contratantes, com o benefício injustificado de um as expensas do outro.

O instituto (do enriquecimento sem causa) surgiu, desde o início, como um mecanismo capaz de assegurar um tratamento équo nas relações negociais, aproveitando-se, ainda, da flexibilização que vivia o próprio processo romano, com um aumento dos poderes do pretor, a fim de impedir, também um descompasso entre a complexidade de cada vez mais intensa das relações entre os cidadãos romanos, os latinos e os peregrinos e a rigidez do quase inamovível direito civil.¹⁸⁶

Em toda a relação contratual há benefícios para ambos os contratantes. Um se favorece obtendo uma determinada prestação, para o que a contraparte alcança uma equivalente contraprestação.

O enriquecimento sem causa serve para evitar que, a despeito das lícitas vantagens contratuais, um dos contratantes obtenha benefícios em detrimento do outro, distorcendo a relação.

Na base do instituto do *enriquecimento sem causa*, como o seu próprio nome já denuncia, encontra-se a ideia de que pessoa alguma deve locupletar-se injustificadamente à custa alheia.¹⁸⁷

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 319.

¹⁸⁵ Entretanto, há decisão judicial em contrário, deixando de fixar locação: “Apelação cível. Reserva de domínio. Resolução de contrato cumulada com indenização e reintegração de posse. Art. 333, inc. II do CPC. Ausente comprovação do pagamento de 70% (setenta por cento) das parcelas devidas, ônus do devedor. Rechaçada a teoria do adimplemento substancial. Suficiente, a título de indenização, a multa contratual. Ausente prova pericial para aferição de eventual depreciação dos bens. Incabível fixação de aluguel pelo uso dos bens. A mora se deu com colaboração do credor. Recursos desprovidos”. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70033160979*. Apelante: M. de O. Souza. Apelada: Garudan do Brasil Comércio de Máquinas Ltda. Relator: José Luiz Reis de Azambuja. Porto Alegre/RS, 29 de julho de 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2010&codigo=1390740>. Acesso em: 13 agosto 2013.

¹⁸⁶ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. Coordenador: Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 76.

¹⁸⁷ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 238.

A previsão legislativa da vedação ao enriquecimento sem causa está no art. 844 do Código Civil e “é esboçada e precisa ao determinar o ponto de partida da construção da norma do enriquecimento sem causa, *in verbis*: ‘art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários’”¹⁸⁸.

O enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional do direito, capaz de gerar o dever de indenizar pela circunstância de se obter vantagem indevida de uma relação contratual alicerçada nos princípios prescritos na legislação civilista.

(...) o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé objetiva.¹⁸⁹

Como fonte obrigacional geradora do dever de indenizar, estabelece que aquele que enriqueceu as expensas de outro, deve restituir a parcela de benefício obtido indevidamente, extraída do patrimônio alheio.

O enriquecimento sem causa se notabiliza por ser um instituto que cria, para o enriquecido, a obrigação de devolver, no montante do enriquecimento, a parcela do patrimônio que, injustamente, foi retirada do patrimônio de um terceiro.¹⁹⁰

Porém, é fonte residual geradora de obrigação, somente incidindo na inexistência de outra forma de se postular indenização. Por isso, “é o requisito que geralmente se exprime dizendo que a pretensão de enriquecimento constitui *acção subsidiária* ou que apresenta *caráter residual*”¹⁹¹.

Poderá recorrer à acção de enriquecimento quando a lei não lhe faculte outro meio para cobrir os seus prejuízos. Sempre que exista uma acção normal (de declaração de nulidade ou anulação, de resolução de cumprimento, de reinvidicação, etc.) e possa ser exercida, o empobrecido deve dar-lhe preferência.¹⁹²

Avistando-se outra forma de postular a indenização, não deverá ser exercida a acção de enriquecimento sem causa, a qual deve se socorrer somente na ausência de hipótese ordinária.

¹⁸⁸ DRAGO, Guilherme Araújo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, v. 48, 2011. p. 70.

¹⁸⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – V. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 54.

¹⁹⁰ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. Coordenador: Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 81.

¹⁹¹ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 434.

¹⁹² COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 434-435.

A subsidiariedade contida no instituto faz com que a obrigação de indenizar, pela quantia indevidamente auferida, somente incida nas hipóteses em que não se verifique outra forma apta a fazê-lo. Assim, ajusta-se ao caso de haver resolução contratual.

Melhor explicitando, o enriquecimento sem causa é, com base no Código Civil em vigor, uma fonte subsidiária de obrigação, devendo ser acolhido como reclamação, se não houver outro meio para que se tenha a devolução patrimonial (resolução do contrato, por exemplo)¹⁹³.

Para se vislumbrar o enriquecimento sem causa, é necessário verificar a ocorrência dos seguintes elementos: a) enriquecimento de alguém; b) empobrecimento de alguém; c) nexos de causalidade; e ausência de causa jurídica ou causa injusta¹⁹⁴.

Inicialmente, é preciso ter-se o enriquecimento do sujeito, com a aquisição de vantagem aferível, seja a própria coisa ou os frutos derivados de seu uso e gozo pelo adquirente. Assim, “(...) o enriquecimento seria na verdade o valor objetivo da vantagem real adquirida ou na própria coisa considerada em si mesmo, caso não tenha sido consumida ou alienada”¹⁹⁵.

Segundo a análise de direito sobre o enriquecimento sem causa, não é possível que haja um deslocamento patrimonial, deixando o patrimônio de um contratante e passando a integrar o de outro, sendo o escopo do instituto fazer com que se retorne a situação anterior, como se a avença tivesse normalmente se desenvolvido.

A função específica do enriquecimento sem causa sob o aspecto da deslocação patrimonial é de remover do patrimônio do favorecido o benefício econômico para que ele retorne à mesma situação na qual estaria se não tivesse ocorrido o fato que lhe beneficiou.¹⁹⁶

Em seguida, é necessário se constatar a ocorrência do empobrecimento da outra parte, sendo diminuída sua condição patrimonial pelo favorecimento do beneficiário do enriquecimento ilícito.

Porém, o requisito é relativizado, pois em algumas situações não se constata o efetivo empobrecimento da parte, pois somente ocorreu a disposição de determinado bem, do qual se

¹⁹³ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. Coordenador: Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 82.

¹⁹⁴ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. Coordenador: Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 82-83.

¹⁹⁵ DRAGO, Guilherme Araújo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, v. 48, 2011. p. 85.

¹⁹⁶ DRAGO, Guilherme Araújo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, v. 48, 2011. p. 86.

valeu o outro para produzir riqueza obtida indevidamente.

Há casos em que não há efetivamente uma diminuição patrimonial por parte do lesado, mas apenas e tão somente um enriquecimento ou pelo acréscimo patrimonial, ou pela poupança de despesa.¹⁹⁷

Assim, poderia se falar em depreciação da coisa, mas não necessariamente em empobrecimento patrimonial, pois uma não importa na outra.

A inocorrência de efetivo empobrecimento não deve impossibilitar a invocação do enriquecimento sem causa como hipótese de ver-se indenizado sob tal fundamento, pois nele está contido muito mais a intenção de evitar o locupletamento de uma parte do que evitar o esvaziamento patrimonial da outra.

O problema é que nem sempre um dos patrimônios, o do que não enriquece sem justa causa, vai ter necessariamente uma diminuição patrimonial. Isto não é um dos elementos dessa obrigação de restituir, vez que a expressão “a custa de outrem” (...) não significa, necessariamente que a deslocação patrimonial havida se traduzirá forçosamente num deslocamento de valores do patrimônio do lesado para o patrimônio do enriquecido e que o direito à restituição consista em mero direito à recuperação material.¹⁹⁸

Outros países que estabelecem a proibição do enriquecimento sem causa também relativizam a ocorrência do empobrecimento de uma das partes, mais uma vez diante da maior relevância do benefício obtido indevidamente pelo enriquecido.

(...) é pertinente a afirmação de Coelho, sobre o direito português, que a Lei pretende no enriquecimento sem causa apagar a diferença no patrimônio do enriquecido, sem se interessar se o “empobrecido” ficou em situação melhor, pior, ou igual àquela em que estaria se não ocorresse a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir.¹⁹⁹

No direito pátrio, também se prioriza o aspecto da ilicitude do enriquecimento, deixando em segundo plano a questão do empobrecimento, visto que ele não se vincula necessariamente ao enriquecimento à custa de outrem, a teor do disposto no Enunciado n.º 35 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²⁰⁰.

Como último elemento necessário para deflagrar a indenização pelo enriquecimento sem causa, tem-se a inexistência de causa jurídica ou causa injusta para a ocorrência de

¹⁹⁷ DRAGO, Guilherme Araújo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, v. 48, 2011. p. 75.

¹⁹⁸ DRAGO, Guilherme Araújo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, v. 48, 2011. p. 72.

¹⁹⁹ DRAGO, Guilherme Araújo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, v. 48, 2011. p. 72.

²⁰⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – V. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo:

acréscimo patrimonial.

A rigor, a existência de contrato é causa que justifica que as partes obtenham benefícios econômicos, considerando aquilo que avençaram. Inclusive, assim não fosse, sequer haveria razão para contratar.

(...) reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial.²⁰¹

Em face disso, os benefícios decorrentes do contrato regularmente estabelecido são justificáveis, pois alcançados mediante relação jurídica equitativa.

Estabelece, pois, o Enunciado 188, da III Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, que “havendo contrato válido e gerando efeitos que trazem o enriquecimento de alguém, em regra, não se pode falar em locupletamento sem razão, isso desde que o contrato não viole os princípios da função social e da boa-fé objetiva e também não gere onerosidade excessiva, desproporção negocial”²⁰².

Por outro lado, na lição de Orlando Gomes, o enriquecimento sem causa se constitui na ausência de uma razão justa, de um título legítimo, de um motivo lícito, sem a qual a alteração patrimonial não será válida²⁰³.

A obtenção de benefícios sem que haja uma razão jurídica que a justifique impõe ao enriquecido a obrigação de devolver aquilo que auferiu mediante desvantagem do dito empobrecido.

O enriquecimento sem causa provém de um ato de alguém que aumenta seu patrimônio, em detrimento de outrem, sem que haja razão jurídica, ou uma razão injusta, para que se tenha tal situação. (...) entende-se que o enriquecimento sem causa gera a obrigação de devolução pelo próprio ato do acréscimo, precisamente por ter esse ato qualquer falta de “causa jurídica” ou, então, uma “causa injusta”.²⁰⁴

Portanto, a mais do deslocamento patrimonial a incrementar a riqueza de um dos contratantes, é preciso que o vínculo contratual que mantinham tenha desaparecido por conta de uma das causas de extinção anômalas.

Método, 2008. p. 55.

²⁰¹ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 432-433.

²⁰² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – V. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 55.

²⁰³ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. Coordenador: Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 82.

²⁰⁴ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. Coordenador: Carlos Alberto

Para que se constitua uma obrigação de restituir fundada num enriquecimento, não basta que uma pessoa tenha obtido vantagens económicas à custa de outra. É ainda necessário que não exista uma causa jurídica justificativa dessa deslocação patrimonial – ou porque nunca a houve ou porque, entretanto, desapareceu.²⁰⁵

A resolução de contrato é justamente uma dessas formas atípicas através da qual se extingue o contrato, em função do inadimplemento de uma das partes da obrigação contida no pacto.

Logo, se operando a resolução do contrato, terá deixado de existir a justa e jurídica razão para o enriquecimento de uma das partes, permitindo constatar que se deu mediante prejuízo ao outro.

No contrato de compra e venda com reserva de domínio, a exemplo dos demais, não pode haver benefício indevido do comprador inadimplente, suportado pelo comprador. Inclusive, essa é a razão para se autorizar a busca e apreensão do bem, para cessar o uso do bem sem a correspondente justa causa a autorizá-lo.

A par disso, as providências de apreensão da coisa vendida ou do depósito judicial servem a “resguardar ou avaliar um eventual direito de crédito do devedor, pelo superior reconhecimento dos princípios jurídicos do *enriquecimento indevido*, da *lesão de direito*, ou de *equidade*”²⁰⁶.

Ao comprador é permitido fruir plenamente do bem desde quando firmado o contrato de compra e venda com reserva de domínio e ocorrida a cessão da posse, podendo produzir em seu benefício toda a riqueza possível, na medida em que há fundamento convencional a justificá-lo. Até porque há expectativa de se transferir o domínio, a partir de quando exercerá não só a propriedade resolúvel sobre a coisa, mas plena.

(...) desde a celebração do contrato dá-se a tradição ao comprador, que usa e goza do bem, como mero possuidor, podendo não só praticar os atos apropriados à conservação dos seus direitos (...) mas também podendo retirar dela todas as vantagens que for capaz de produzir.²⁰⁷

Entretanto, durante o período em que frui do bem, não há qualquer contraprestação exclusiva para essa finalidade. Há tão somente o pagamento das parcelas vencíveis, sendo da natureza do pacto especial de reserva de domínio o uso e gozo até a integralização do preço

Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 82.

²⁰⁵ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 432.

²⁰⁶ AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945. p. 207.

pelo adquirente, quando se transferirá a propriedade plena.

(...) não há, na *reservatio dominii*, uma contraprestação pelo *usus* e o *fructus*. Ao realizar-se a transmissão do domínio, confirma-se, sem qualquer pagamento adicional, o *uso* e *gozo*, que, *medio tempore*, aproveitaram ao comprador. Frustrando-se, ao contrário, a translação, o *onus* suportado pelo contratante inadimplente não vai além do *quantum* correspondente “à depreciação do objeto” (...). A indenização pelas utilidades obtidas terá de procurar fundamento na teoria do *enriquecimento sem causa*, que (...) somente pode ser invocada quando o prejudicado não possa “propor a ação resultante de um contrato, de um quase-contrato, de um delito ou quase-delito”. Em outras palavras, o seu fundamento, no caso, não seria contratual: resultaria da própria noção do direito.²⁰⁸

Inocorrendo a transmissão do domínio e, por conseguinte, da propriedade plena, face à resolução do contrato pelo inadimplemento, a riqueza produzida durante a fruição deverá ser indenizada ao vendedor, com fundamento no enriquecimento sem causa.

A indenização decorre do incremento do patrimônio do comprador, tendo tolhido o vendedor da fruição do bem por certo interregno sem a correspondente justa causa, quando poderia dele ter disposto, seja para produzir riqueza ou para vendê-lo a terceiro.

Fruindo, pois, *in médio tempore*, a coisa condicionalmente vendida, justo e natural é que elle (comprador) indemneze ao vendedor, pela circunstancia deste se haver privado, durante esse lapso de tempo, do uso e proventos da mesma cousa, de que elle, comprador, se beneficiara.²⁰⁹

Apresentar-se-á uma situação em que o comprador usou e gozou do bem para produzir riqueza, alicerçado em contrato de compra e venda com reserva de domínio, resolvido por sua inadimplência.

Deverá, assim, na compra e venda com reserva de domínio, o comprador indenizar o vendedor pelo enriquecimento ilícito que obteve, diante do uso e gozo do bem por determinando período, sem, todavia, efetuar o pagamento das parcelas vencíveis, tampouco de contraprestação referente à fruição, a permitir o incremento de sua condição financeira.

Em virtude do manifestado, deverá o comprador inadimplente, demandado em ação resolutiva, efetuar o pagamento de aluguéis para então haver causa justificável para o incremento do seu patrimônio ou a riqueza produzida constituirá enriquecimento ilícito, se impondo seu deslocamento em favor do vendedor, mediante indenização.

²⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – V. I.* 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 465.

²⁰⁸ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 235.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. p. 129.

De forma bastante funcional, como aquilo que de direito é devido ao vendedor caso opte por buscar e apreender o bem objeto da reserva de domínio, resolvendo a avença, tem-se a cláusula penal. Caso estabelecido que a penalidade é início de indenização e permite complementação, serão devidos alugueres ou, então, o ressarcimento pelo enriquecimento sem causa do comprador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente os sujeitos obtêm bens uns dos outros, para alcançar comodidade ou exercer ofício, melhorar a forma de fazê-lo e produzir riqueza.

A troca de bem detido por uma pessoa, cujo interesse seja de outro sujeito, se dá mediante a mutualidade, com a expressão de suas vontades, a alcançar um consenso sobre a operação que procederão. O contrato é o instrumento pelo qual se regulam essas relações.

Os contratos são típicos e atípicos, ou seja, previstos ou não na legislação. A par disso, a compra e venda é contrato típico e, por sua abrangência, o mais relevante economicamente, servindo para a transferência de propriedade através do pagamento do preço.

Com a evolução das relações sociais, mostrou-se necessário a criação de variações ao contrato de compra e venda. Dentre elas, o realizado a crédito, fundamental para solucionar a questão da disponibilidade da integralidade do preço, possibilitando o pagamento em parcelas diferidas no tempo, com a imediata fruição do bem pelo adquirente.

Por outro lado, ao vendedor pendia a questão da garantia, pois outorgava a propriedade e carecia de segurança do recebimento das prestações.

A solução se deu com a alteração na natureza da compra e venda a crédito, não ocorrendo mais instantaneamente a entrega da plena propriedade, postergando ou retirando seu efeito. Surgiram os pactos adjetos de compra e venda, dentre eles a reserva de domínio, antes fundamentada no direito comparado e no procedimento do código de processo civil e, posteriormente, positivado no Código Civil de 2002.

No pacto adjeto de reserva de domínio suspende-se a transmissão de todos os direitos de propriedade, outorgando imediatamente a posse ao comprador e reservando o domínio ao vendedor, como garantia da satisfação do preço. Efetuado o pagamento das parcelas, a propriedade plena se transfere automaticamente ao comprador, somando-se domínio e posse.

A cláusula especial deve ser estipulada em instrumento, para provar o conteúdo e proteger as partes de controvérsias. Por isso, diz-se contrato formal. Não formalizado, surtirão os efeitos da compra e venda, mas decairá a reserva de domínio e, por conseguinte, a garantia.

Para comportar a reserva de domínio, o bem deve ser possível de perfeita caracterização, tornando-o inconfundível com outros semelhantes pelo tipo, marca, número e outras especificações. Deverá, assim, ser infungível.

Não sendo feitos os pagamentos diferidos no tempo, a caracterizar o inadimplemento e, por conseguinte, a mora do comprador, deflagrar-se-ão os efeitos da cláusula especial.

De regra, a mora se opera de pleno direito no vencimento. Porém, na compra e venda com o pacto adjeto de reserva de domínio, é necessário constituir o devedor em mora através do protesto do título representativo do débito ou de interpelação judicial.

Tomada a providência, o comprador poderá efetuar a cobrança das parcelas vencidas e vencíveis ou buscar e apreender o bem, o que importará na resolução do contrato.

A resolução contratual é a extinção por causa superveniente à formação do vínculo pelo descumprimento das obrigações. Seu efeito importa no retorno de cada contratante ao estado que se encontrava antes da avença, com o regresso do bem ao vendedor e as parcelas pagas ao comprador, no caso da reserva de domínio. Porém, a lei autoriza àquele reter as parcelas pagas para indenizar as perdas e danos e, não sendo suficiente, cobrar o saldo.

As partes podem estabelecer no próprio contrato quais rubricas serão indenizáveis no caso de descumprimento pelo comprador. Caso não convencionadas, a lei assegura ao vendedor a indenização da depreciação da coisa, das despesas realizadas e do que mais que de direito lhe for devido.

A depreciação é o desgaste pela utilização do bem no período em que esteve de posse do comprador. É mensurada pelo valor no momento da compra e venda e aquele constatado por ocasião da avaliação efetuada, quando procedida a busca e apreensão.

Despesa, por seu turno, é tudo aquilo que comprovadamente foi despendido para retomar o bem, tal como transporte, armazenamento do bem, etc. Também, aquelas judiciais e extrajudiciais, sendo as primeiras todas as custas processuais, além de honorários periciais e

advocatícios. As últimas serão o dispêndio para constituir o devedor em mora, além de outras realizadas anteriormente à propositura da ação.

Aquilo que mais de direito for devido é cláusula aberta, sujeita à interpretação, ao que se dedicou através desta pesquisa, notadamente pelo escasso enfrentamento da questão pela doutrina e jurisprudência.

Para que a indenização alcance seu propósito, é necessário que compreenda todos os aspectos lesados, de forma a proteger os interesses do credor. Por isso, o legislador inseriu essa permissão de, além das despesas prescritas na lei, exigir tudo aquilo que o direito assentir.

Em um tempo, foram consideradas ilegais as retenções feitas pelo vendedor que seguiu o caminho da resolução mediante a busca e apreensão do bem.

De forma salutar, se evoluiu no sentido da indenização comportar a universalidade dos danos sofridos pelo vendedor lesado, ainda que careça de interpretação jurídica.

Então, erige-se, neste estudo, a cláusula penal, os alugueres e o enriquecimento sem causa do comprador como rubricas passíveis de indenização.

Cláusula penal é a convenção da incidência de uma punição pelo inadimplemento da obrigação, com a qual se fixa previamente a indenização. Assim, constatado o descumprimento, incidirá a pena, independente da comprovação da lesão patrimonial.

Para ser possível a cobrança de alugueis e da indenização pelo enriquecimento sem causa, é imprescindível que os danos sejam superiores à cláusula penal e que se estabeleça que ela servirá como mínimo de ressarcimento.

A comprovação dos danos suplementares deve seguir a regra de presunção relativa, cabendo ao vendedor provar a existência do contrato, a utilidade do bem e o benefício que permite auferir. Será ônus do comprador a prova de que não se beneficiou da utilidade que o bem proporciona.

Quanto à locação, trata-se da cedência pelo locador do uso e gozo temporário ao locatário, permitindo a fruição plena mediante retribuição, denominada aluguel.

A permissão para sua exigência decorre da proximidade dela com o pacto de reserva de domínio. Da mesma forma que na locação, na compra e venda com reserva de domínio há cedência para fruição do bem. Todavia, a contraprestação se constitui nos pagamentos diferidos no tempo, cuja integralização permitirá ao comprador ter o domínio.

No entanto, não se consolidando a propriedade ao adquirente pelo inadimplemento, é

impositivo que pague locatícios do período em que fruiu do bem como retribuição.

O enriquecimento sem causa é o instituto que se presta a tornar equitativas as relações civis, não permitindo que uma parte se locuplete indevidamente às expensas da outra. Pressupõe o enriquecimento de uma parte, o empobrecimento da outra e a ausência de causa jurídica ou de causa injusta.

O enriquecimento sem causa ocorre pela transferência patrimonial indevida, deixando de integrar o de uma parte e passando para o de outra. Pode constituir-se do próprio bem ou dos frutos originários dele.

A diminuição do patrimônio de uma parte em benefício do enriquecido configura o empobrecimento. Admite-se, porém, sua relativização, pois em alguns casos não há decréscimo, mas somente acréscimo à contraparte, fato que interessa e no qual se funda o instituto.

É preciso também que o enriquecimento não tenha uma causa jurídica ou tenha ocorrido mediante uma causa injusta. O contrato de compra e venda com reserva de domínio em vigor é causa justificável para o comprador obter vantagem econômica com a fruição do bem. Porém, operando-se a resolução, deixa de existir motivo justo para o incremento patrimonial do adquirente.

Face ao analisado, tem-se que o comprador inadimplente, contra quem se postulou a busca e apreensão e a resolução do contrato, deverá pagar aluguéis ao vendedor lesado, para tornar lícito o uso e gozo do bem para produção de riqueza.

Subsidiariamente, será devida a indenização pelo enriquecimento ilícito, pois se desfez a justa causa para fruição do bem, devendo a riqueza verter em favor do vendedor.

Assim, as partes convencionando cláusula penal e que ela servirá de mínimo indenizatório, o vendedor lesado pelo inadimplemento, que exercer o direito à busca, apreensão e resolução do contrato, poderá postular a indenização de todos os danos. Caso exceda a cláusula penal, deverão lhe ser fixados alugueres ou, então, ressarcido o enriquecimento sem causa.

Somente diante disso se primará pelo pactuado entre partes através do contrato de compra e venda com reserva de domínio, impedindo que o comprador locuplete-se indevidamente em prejuízo do vendedor, provendo-lhe a integral indenização e levando a efeito os princípios contratuais, notadamente a função social e a boa-fé, estatuídos no Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio & alienação em garantia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZULAY, Fortunato. *A teoria do contrato de compra e venda condicional e a reserva de domínio*. Rio de Janeiro: s.N, 1945.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BORGES, Artur de Castro. A reserva de domínio no novo código processual. *Jurídica do Instituto do açúcar e do álcool*, v. 124, 1974.

BRASIL, Avio. *Reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1943.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – Vol. 3*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil – V. 2*. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos – 1 Vol.* 6.ed. São Paulo:

Saraiva, 2006.

DRAGO, Guilherme Araújo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, v. 48, 2011.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. Coordenador: Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LANA, João Bosco Cavalcanti. Reserva de domínio. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, v. 28, 1973.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Valdemar Pereira da. *Curso de contratos*. 2.ed. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1994.

MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1986.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, V. 3: Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Da compra e venda com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939.

PACHECO, José da Silva. Compra e venda com reserva de domínio, mora do comprador. *Informativo semanal advocacia dinâmica*, v. 46, 1999.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – V. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 163.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil – V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*.

5.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.