

## CONSIDERAÇÕES SÔBRE AS VENDAS MERCANTIS PARA CONSUMO E SÔBRE A CHAMADA AÇÃO DE GARANTIA

*Paulo Barbosa Lessa*

1. E' o Direito Comercial, no Brasil, um ramo autônomo do direito privado. Ao lado das normas de Direito Civil, vicejam as regras disciplinadoras do exercício do comércio, submetidas a regime próprio, subordinadas a princípios gerais, que as animam e espe-

Inoportuna aqui a discussão sôbre a possibilidade ou a desejabilidade de uma unificação formal ou material, basta-nos, no instante, a constatação da realidade. Encarando-a, de um plano histórico, vivemos, ainda, em fase de dicotomia que se pretende seja uma oposição entre o fenômeno agrário e o fenômeno industrial e comercial (1).

Interessante é salientar a anterioridade da legislação mercantil sôbre a civil no Brasil. Apesar de não prometida, veio antes a sistematização comercial, de tal sorte que, ao surgir a codificação civil, era aquela velha de sessenta e seis anos.

2. Dessa constatação, duas considerações sobrelevam.

A primeira, a de que, à míngua de uma legislação civil adequada ao momento histórico, a codificação mercantil desbordou de seu peculiar terreno, indo um tanto além do campo que lhe deveria competir (2).

A outra, a de que o Código Civil recebeu do mercantil uma série de preceitos e de figuras renovadas, mercantilizandose até certo ponto (3).

O certo é que, na atualidade, existe uma dualidade de legislação obrigacional, assás acentuada, e que tem resistido aos anseios de certa corrente doutrinária pátria, e de, mesmo, projetos de legislação (4).

3. De outro lado, essas duas fontes de direito não são estanques. Assinalada já, de um ponto de vista dinâmico, num plano histórico, a íntima relação dos dois ramos do direito privado, cumpre ressaltar a interpenetração dos dois ramos, num considerar estático.

As normas de Direito Civil são ora subsidiárias, ora integrantes da legislação peculiar ao comércio. No primeiro caso, é regra (5) eivada de exceções, aplicam-se em falta de disposição comercial ao fato pertinente. No segundo, mercê de referência expressa, e por um princípio de economia legisferante, constituem fonte primária de Direito Comercial, com a mesma pujança do texto formalmente contido nos corpos de lei peculiares ao comércio (6).

4. Consentâneo com o momento histórico em que foi plasmado, apresentou-se o sistema mercantil brasileiro com um cunho predominantemente subjetivo (7). Ao depois, mercê da influência das próprias relações, que pretendia regular, sensível ao entrechoque das opiniões, livrado em contendas aqui e além-mar, tomou a legislação comercial um outro rumo, objetivo, já tornando a matrícula obsoleta, já se fixando, senão exclusiva, precipuamente, no exercício habitual e profissional do comércio (8).

Cristalizaram-se, destarte, as normas mercantis, num sistema misto, de tonalidades específicas, não encontradas noutros sistemas e que tornam, não raro, inaplicáveis, princípios defendidos com êxito frente a diversas regulamentações positivas.

5. Contrato fundamental do comércio, típico entre os bilaterais, (9) é a compra-e-venda, terreno fértil para a consubstanciação dos princípios gerais dos contratos no Direito Comercial brasileiro. Nela se encontram, mercê de aprofundada análise, os traços marcantes de diferenciação entre a obrigação contratual civil e a mercantil, bem como os da caracterização individualizadora do sistema legal brasileiro.

Conceituou o Código Comercial (10) o contrato de compra-e-venda mercantil. Estabeleceu como tal a compra para revenda de coisa móvel ou semovente e a existência de um sujeito comerciante. Feriu o ponto do objeto. Não descuidou do sujeito. Caracterizou o contrato, e talvez com êle todo o Direito Mercantil, como um instituto, já subjetivo, já objetivo.

6. Tal conceituação ensejou a dúvida quanto à comercialidade das operações de compra-e-venda para consumo, dúvida aliás levantada também frente a outros sistemas legislativos.

Apresentando-se como um dos característicos das obrigações mercantis a sua fungibilidade, quer quanto ao seu objeto, quer quanto ao seu sujeito, a compra-e-venda para consumo parecia, em verdade, em desacôrdo com os pressupostos da comercialidade.

(1) Túlio Ascarelli — Panorama do D. Comercial, pág. 21.

(2) T. de Freitas — Aditamentos, pág. 522; A. Russell, Curso, pág. 65, vol. 1.º.

(3) Ascarelli, pág. 40 — Russell, pág. 49, vol. 1.º.

(4) T. de Freitas, em 1867; I. de Souza, em 1912.

(5) Cód. Com., art. 121.

(6) C. de Mendonça, Tratado, vol. 1.º, pág. 175.

(7) C. de Mendonça, idem, pág. 205.

(8) W. Ferreira, Instituições, pág. 209, vol. 1.º.

(9) Ascarelli, Pan. 77.

(10) Cód. Comercial, art. 191, 2.ª parte.

Face ao texto da lei, exigindo a condição de revenda, pareceu impossível conceituar-se como comercial a venda em tais condições, de vez que o seu pressuposto real, objetivo, falhava, não se configurando elemento essencial para a comercialidade da operação.

7. Socorreram-se os doutrinadores de figura híbrida para explicar o fenômeno. Dizia-se que tal ato seria comercial para uma das partes e civil para a outra <sup>(11)</sup>. No caso de dualidade de jurisdição a causa deveria ser ajuizada no fóro de réu, civil ou comercial. A prescrição regular-se-ia dessemelhançamente. E os princípios aplicados diversamente, face a cada um dos contratantes.

Tal figura, importada do estrangeiro <sup>(12)</sup>, teve vida fugaz. Cedo se assinalou a unidade da operação. Não resistiria ela ao bisturi de uma análise seccionadora. Transformar-se-ia, mesmo, em duplo contrato de doação, levado do extremo o empenho de dividir.

Comercializou-se, com isso, a operação. Notou-se a vis atrativa do fenômeno comercial. Submeteu-se, íntegra, a relação ao direito mercantil, porque, de resto, essa operação ainda se vinculava ao exercício do comércio, constituindo um elo na cadeia das operações mercantis intimamente ligada à figura anterior, típica e iniludivelmente comercial <sup>(13)</sup>.

Aceitas essas considerações, submeteu-se a compra para consumo, feita ao comerciante, à disciplina da legislação mercantil. Mas, é bem de ver, nem porisso a objetividade, o fato da infungibilidade real nela dominante, deve ser esquecido.

8. Esta última consideração assume singular importância ao considerar-se o elenco das obrigações oriundas da compra-e-venda.

Assinalam os autores como obrigações fundamentais do vendedor:

a) entregar, e

b) garantir a coisa vendida, já de fato pessoal do próprio vendedor, já pela evicção, já pelos vícios ou defeitos ocultos da coisa vendida.

Como obrigações, correlatas, do comprador, apontam:

a) pagar o preço, e

b) receber a coisa comprada <sup>(14)</sup>.

Fiel ao sistema romanístico, o Código tornou perfeito e acabado o contrato desde que vendedor e comprador acordassem na coisa, no preço e nas condições do negócio. A propriedade, contudo, só se transmitiria pela tradição, real ou simbólica, da coisa vendida.

Precisar o momento em que essa tradição se realiza é fundamental, não só no que concerne ao próprio aperfeiçoamento do ne-

(11) Silva Costa, in C. de Mendonça, *Trat.*, vol. 1.º, pág. 458.

(12) A. Russell, *Curso*, vol. 1.º, pág. 175; Cosack, *Traité*, pág. 57; J. Escarra, *Manuel*, vol. 1.º, pág. 61.

(13) Vivante, *Instituições*, pág. 31; W. Ferreira, *Inst.*, vol. 1.º, pág. 109.

(14) C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 53 e 100.

gócio, mas, talvez o que é mais importante, no que respeita à assunção dos riscos.

Tornando o vendedor responsável pela perfeição do objeto contratado, pôs o legislador como ponto final de sua responsabilidade, em regra, o termo de decadência <sup>(15)</sup> de dez dias, a contar do momento da tradição <sup>(16)</sup>. Compete ao comprador, mormente nos casos de mercadoria enfiada, reclamar sobre sua quantidade, ou qualidade, dentro desse prazo. Decaindo desse direito, via de regra, libera-se o vendedor das obrigações oriundas de vício da própria coisa.

9. Não sempre, porém.

Em primeiro lugar, cabe perscrutar a intenção com que foi posta a coisa à disposição do comprador. Pode ter sido com o fim de transmitir a propriedade dela. Mas, pode ter sido com o fito de submetê-la à apreciação do pretendente, a fim de que a examine e a experimente <sup>(17)</sup>. Tem-se, então, o caso de venda à contento, em que o contrato só se firma depois que o comprador se manifesta satisfeito com a qualidade da mercadoria. É lícito que se estipule prazo para que o comprador faça sua declaração. Pode resultar, outrossim, da própria natureza do negócio <sup>(18)</sup>.

Em segundo lugar, suposta a venda sem tal condição, pode o vendedor aceitar a reclamação fora do decêndio. Se receber de volta a coisa, sem que a deposite, não poderá alegar decadência do direito de reclamar de parte do comprador, pois que seu procedimento indicou tácita anuência a ela <sup>(19)</sup>.

Se nada disso acontecer, entendem alguns autores que, passado o decêndio, sem manifestação expressa do devedor, nada mais poderá ele alegar contra vício do objeto entregue, inclusive falta das qualidades apregoadas e contratadas.

10. Não nos parece seja essa uma opinião sustentável em seus termos extremos. Aceitá-la importaria em consagrar iniquidade nas aras de estreita interpretação literal.

Aqui importa sobrelevar a consideração de que, para o comprador, na hipóteses de venda para consumo, a operação tem idêntica finalidade a da compra-e-venda civil, e que, portanto, respeitados os princípios expressos da legislação mercantil, serão aceitáveis as considerações doutrinárias dos civilistas, oriundas da própria natureza do negócio.

Já no próprio âmbito da venda mercantil por excelência tornar-se-ia a garantia única por vício redibitório — incarnada nas

(15) C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 87; W. Ferreira, *Inst.*, 4.º vol. pág. 467.

(16) Da tradição efetiva.

(17) Cód. Comercial, art. 207, II — W. Ferreira, *Inst.*, vol. 2.º, pág. 466.

(18) Cód. Comercial, art. 207, II — C. de Mendonça sustenta a simples aplicação do art. 137 ao caso. Data vênica, julgamos possível a aplicação do expediente comum em matéria civil — a interpelação. (C. Civ., art. 1147).

(19) C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 94.

ações redibitória e estimatória — incompatível com a realidade comercial e insuficiente para a tutela dos legítimos interesses a que se propõe. Pense-se no contrato celebrado entre comerciantes de praças distantes e ter-se-ia consagrado a irresponsabilidade do vendedor de má-fé em face de um comprador indefeso. Pense-se em certas modalidades de contrato, em que o objeto é, por natureza, insuscetível de um controle de perfeição assim rápido, v. g. mecanismos de precisão ou aparelhos técnicos, e a verdade ressaltará nítida (20).

11. Firmados nesse pressuposto, os autores defendem a possibilidade de defesa extrema do comprador, baseado na carência das qualidades da coisa, apregoadas, ou dependentes da própria natureza do negócio (21).

Plasma-se, assim, a chamada ação de garantia pela boa e útil execução do contrato (22).

Trata-se, agora, não da execução do contrato em si, e sim de sua execução defeituosa, do inadimplemento das obrigações contratuais.

Ao comprador, fraudado em sua boa-fé, cabe pedir a rescisão do contrato por inadimplemento, desde que a coisa não tenha as qualidades prometidas, sejam elas expressamente, ou resultem da própria natureza do contrato.

Tal ação encontra apoio em nossa legislação mercantil (23).

E é bem de ver que diverso será o tratamento da questão, em se tratando de compra-e-venda por natureza ou para consumo. Entre o revendedor de máquinas e o seu comprador para consumo há diferenças sensíveis, surgidas do próprio fato. No primeiro caso, o interessante é o valor de troca da coisa. No segundo, o valor de uso. Óbvio é que, em faltando disposição contratual expressa, na segunda hipótese há muito mais possibilidade de, do próprio fato, surgirem as qualidades na coisa pressupostas pelo comprador.

12. Alegam alguns mestres ser a construção incompatível com a boa técnica, de vez que o alicerce das duas ações seria o mesmo: a existência de vício oculto, para o qual possui o sistema legal remédio expresso e específico.

Parece não proceder a objeção.

No primeiro caso, no de vício redibitório, entende-se que há alteração ou falta essencial na coisa em relação ao seu estado normal de ser, alteração ou falta que lhe diminuam a potencialidade ou uso. No segundo caso, o que se quer dizer é que a coisa entregue não possui as qualidades contratadas, não corresponde à finalidade patuada.

(20) A solução do Cód. Italiano, assemelhando o vício aparente ao oculto, no caso, não é a melhor.

(21) Cunha Gonçalves, Tratado, vol. 8.º, pág. 558.

(22) Vivante, Instituições, pág. 207 — C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 98 — E. Espinola, Sistema, vol. 2.º, tomo 2.º, pág. 186 — Ruggiero, Inst., pág. 586.

(23) Arts. 210 e 126 do Cód. Comercial; art. 1086 do Cód. Civil.

Há diferença de qualidade quando a coisa em si, intrinsecamente, não é viciada, nem defeituosa, mas não é aquela que o comprador contratara e esperava. Há vício, quando se trata da própria coisa escolhida pelo comprador, mas que, por estar estragada, não tem a utilidade por este visada (24).

As diferenças de qualidade são inerentes à natureza da coisa; são diferenças de tecido, de fibra, de cor, de método, de origem. Pelo contrário, os vícios são inerentes ao modo imperfeito porque a coisa foi fabricada. Os vícios podem existir em coisa de qualquer qualidade, mesmo da pior; a mercadoria fica sendo da qualidade a que pertença, por natureza, por exemplo, de primeira qualidade, ainda que seja defeituosa. O vício é um desgaste, um estrago da coisa, fora de seu estado normal (25).

No primeiro caso, o comprador aciona o vendedor, por ter entregue coisa defeituosa, sem a integridade substancial nela pressuposta. No segundo caso, o comprador aciona o vendedor por ter entregue coisa diversa da patuada, ter prometido uma coisa e entregado outra.

No primeiro caso, cabe enjeitar a coisa imperfeita, com perdas e danos (ação redibitória), ou pedir abatimento de preço (ação estimatória ou quanti minoris) (26). No segundo caso, cabe pedir a rescisão do contrato, com perdas e danos; e, na hipótese de estar pago o preço, devolver a coisa e receber o preço, acrescido dos juros de mora e despesas.

13. Quatro, pois, são as ações de que dispõe o comprador, face a entrega de coisa em dissonância com a finalidade do negócio: a anulatória, por erro (27) a redibitória e a estimatória, por vício; e a rescisória, ou de garantia, estrito senso, por inadimplemento do contrato.

Há erro essencial sobre as qualidades do objeto, quando estas são de ordem a influir na determinação da vontade e supunham existentes (28).

Há vício, quando a mercadoria, mercê de defeito oculto, não apresenta as qualidades que normalmente tem.

E há, finalmente, o caso visado pela chamada ação de garantia, quando a coisa entregue, por vício intrínseco, não apresenta as qualidades prometidas expressamente, ou pressupostas pela própria natureza da operação.

(24) Cunha Gonçalves, Tratado, vol. 8.º, pág. 560.

(25) Vivante, Tratado, vol. 4.º, n.º 1647.

(26) Parece indubitado tratar-se de verdadeira ação. V. W. Ferreira, Instituições, vol. 2.º, pág. 467. Contra C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 87.

(27) Há quem sustente a identidade entre o erro e o vício redibitório. Assim Giorgi Laurent, e, entre nós, com reserva, M. I. Carvalho de Mendonça, e Clóvis. Contra Windscheid, C. Gonçalves, Planiol, C. dos Santos.

(28) Clóvis Beviláqua, Com., vol. 1.º, pág. 334.

14. Os Tribunais têm aceito a noção desta ação, no tocante à matéria comercial, acentuando o Tribunal do Rio Grande do Sul, em decisão recente:

“...Mas o procedimento da autora, como acentuou a decisão recorrida, não se funda na alegação de existência de vício redibitório. Recorreu ela à chamada ação de garantia, a que se refere Carvalho de Mendonça, alegando execução defeituosa do contrato, para pedir indenização, a que estaria sujeita a vendedora, pela própria natureza do negócio. Essa ação, em que, consoante o ensinamento do tratadista pátrio não se cogita mais da execução do contrato, porém, da reparação dos danos pela sua má execução, não está sujeita àquele prazo de decadência. E' certo que êsse modo de entender tem sofrido restrições, sob a alegação de que o procedimento tem por base um vício redibitório, como tal, entendida, de modo genérico, em face do dispositivo legal, a diferença de qualidade, no próprio consenso de Carvalho de Mendonça. Mas assim não têm entendido julgados dos tribunais. Depois, como adverte Carvalho de Mendonça, na venda de máquinas, antes da experimentação, a qualidade da mercadoria não pode ser posta a prova, pelo que, daí, se deve contar a tradição. Além disso, é necessário considerar que a própria ré atendeu à reclamação fora do decêndio, contado da entrega, enviando seus mecânicos para examinar e revisar o motor” (29).

15. Consoante ao que ficou exposto, parece-nos, é de todo aceitável a noção da ação subsidiária de garantia, em nosso direito positivo. E' uma ação resolutória do contrato por inadimplemento, já que a coisa entregue se apresenta diversa da coisa patuada, mercê de deficiências de construção que possuía, ocasionando a falta de qualidades prometidas ou pressupostas pela própria natureza da operação.

São, destarte, pressupostos da ação de garantia (estrito senso, resolutória do contrato, por inadimplemento):

- a) que a coisa tenha sido entregue; e
- b) que apresente falta de qualidade que a torne imprópria para o uso normal:

I. que foi garantido expressamente no contrato;

II. que resulte evidente da natureza da operação, em solução harmônica com os usos comerciais e com a boa-fé dominante no comércio.

Não há, de resto, necessidade de o comprador fazer o depósito judicial da coisa (30). E, no caso de haver pago, integral ou par-

(29) JUSTIÇA, vol. 30, pág. 216; V. Rev. dos Tribunais, vol. 54, pág. 394; vol. 109, pág. 201; vol. 156, pág. 767.

(30) C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 96.

cialmente, o preço, parece fora de dúvida caber-lhe direito de retenção (31).

Essa construção de técnica jurídica, apóia-se, firmemente, na realidade social que visa tutelar, e parece atingir seu real objetivo: obter o máximo de rendimento, com o mínimo de custo social.

(31) Lei de Falências, art. 102, § 2.º, III — C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 100.