

TRANSFERÊNCIA DE RISCO NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA

TRANSFER OF RISK IN SALES AGREEMENTS

Bruno Barreto de Azevedo Teixeira

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito (LL.M.) pela New York University School of Law. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Coordenador-Adjunto do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito do Comércio Internacional da PUC-Rio. Advogado.
E-mail: brunobteixeira@usp.br *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0003-3791-890X>.

Resumo: Este artigo analisa a transferência de riscos da propriedade e do pagamento nos contratos de compra e venda. A criação de uma relação eficiente entre partes em um contrato depende, em grande parte, de regras objetivas e claras acerca da alocação de riscos, principalmente no direito civil brasileiro, que prevê um potencial interregno entre a celebração do contrato e a efetiva transferência de propriedade. Busca-se, aqui, dar especial foco no art. 492 do Código Civil, bem como no art. 69 da Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, com o específico fim de compreender os riscos assumidos pelas partes antes e após a transferência de propriedade, e as consequências da perda do bem vendido ou do pagamento nas diversas fases contratuais.

Palavras-chave: Direito dos contratos. Compra e venda. Transferência de risco.

Abstract: This article analyzes the transfer of risks of the property and payment in the sales contracts. The creation of an efficient relation between the parties to a contract depends, in great part, in objective and clear rules regarding allocation of risks, especially in the Brazilian Civil Law, with provides for a potential timeframe between the conclusion of the contract and the effective transfer of the property. This article seeks to give special focus to article 492 of the Brazilian Civil Code, as well as in article 69 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“CISG”), with the specific goal of understanding the risks assumed by the parties before and after the transfer of property, and the consequences of the loss of the good sold or the payment in the different contractual phases.

Keywords: Contract Law. Sales contracts. Transfer of Risk.

Sumário: **1** Introdução – **2** Modelos jurídicos de transferência de propriedade e seus efeitos na alocação de riscos contratuais – **3** *A res perit domino* no direito brasileiro – **4** Transferência de risco na compra e venda internacional – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

Dentre as diversas funções do contrato nas relações jurídicas, sociais e econômicas, a principal delas é a de alocar, entre as partes, os riscos decorrentes

daquela transação.¹ É através do instrumento contratual que as partes, na seara de sua autonomia da vontade, decidem quais riscos vão suportar ou não. No mundo dos contratos de compra e venda, tal alocação é ainda mais relevante. Afinal, há diversos riscos inerentes à obrigação de vender (e comprar) coisa, os quais, caso materializados, podem vir a pôr em risco não só o cumprimento do contrato em si, mas a saúde financeira de uma das partes.

A hipótese mais dura é a da perda da coisa, seja antes ou depois da transferência de propriedade. Na compra e venda, a transferência da coisa é, por si só, a causa do contrato.² Sua perda é, portanto, calamitosa para as partes, pondo em risco, inclusive, a relação jurídica ou negocial ali estabelecida.

Mas se engana quem pensa que este é o único risco decorrente da compra e venda. Há outro igualmente crítico: aquele decorrente da obrigação de pagar, a contra-prestação à obrigação principal de dar a coisa objeto do contrato de compra e venda.

É por isso que cumpre ao direito civil, na ausência de acordo entre as partes sobre a alocação de riscos decorrentes desta modalidade contratual, estabelecer regras claras e objetivas que permitam às partes evitar custos extras em transações intermináveis ou em anos a fio de um litígio sem fim para verem reduzidas suas eventuais perdas.

No nosso direito, os principais dispositivos atinentes à alocação de risco nos contratos de compra e venda estão nos arts. 492 do Código Civil e 69 da Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”), que rege os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

Aqui, vale uma nota de observação acerca da aplicabilidade da CISG neste contexto. A CISG é uma das principais convenções internacionais em matéria comercial hoje em vigor; ratificada por mais de 80 países, dentre eles as principais forças do comércio internacional, como Estados Unidos, China, Alemanha, Japão e França.³

¹ “Nessa esteira, os contratos traduzem instrumento de gestão dos riscos econômicos merecedor de tutela, apto a estimular negócios que concretizem, para além dos interesses dos contratantes, outros interesses extracontratuais dignos de proteção. Com vistas à consecução de todas as suas potencialidades funcionais, os contratos hão de ser compreendidos como mecanismo de gestão de riscos econômicos que atingem sua execução. De fato, os negócios jurídicos levados a cabo pelos particulares têm por finalidade repartir os riscos de determinada atividade econômica entre os contratantes, de modo a fixar as respectivas responsabilidades e, assim, efetivar os interesses das partes in concreto” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 6, p. 9-25, out./dez. 2015. p. 10).

² Neste sentido, os contratos de compra e venda podem ser classificados como negócios jurídicos causais, na medida em que a sua causa (qual seja, a transferência do bem em troca do pagamento do valor acordado) é “manifesta e reconhecível pela estrutura do negócio, caracterizando o próprio tipo negocial” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 46).

³ A lista oficial da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (“Uncitral”) de países que adotaram a convenção está disponível em <http://www.uncitral.org/> (acesso em 18.6.2018).

No Brasil, a CISG foi, por muitos anos, negligenciada. O país assinou a Convenção em 11.4.1980, mas sua ratificação pelo Congresso Nacional veio apenas em 18.10.2012 – mais de 30 anos depois.⁴ O governo brasileiro depositou o protocolo de adesão à Convenção em 4.3.2013, e a publicação do decreto de promulgação, por sua vez, veio apenas em 17.10.2014.⁵ Em linha com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (“STF”), que dá conta de que tratados internacionais só entram em vigor no plano doméstico a partir da publicação do decreto de promulgação,⁶ desde 18.10.2014, a CISG está em vigor no Brasil.

A CISG não é uma convenção internacional qualquer. Ao contrário da maioria dos tratados de natureza privada – que tratam apenas da lei aplicável a determinada matéria –, a CISG é regra de direito material. Em seu escopo encontram-se dispositivos relativos à formação do contrato, às obrigações do vendedor e do comprador, bem como os efeitos do inadimplemento (inclusive o do que a Convenção chama de inadimplemento fundamental).⁷

Portanto, em homenagem ao critério da especialidade, gravado no art. 2º §2º, do Decreto-Lei nº 4.657/42, a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), que afirma que as normas especiais se aplicam no lugar das normas gerais dentro de sua especialidade,⁸ em casos envolvendo contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, e cumpridos os requisitos da aplicabilidade da Convenção, não há se falar em aplicação do Código Civil.

Isso também é verdade quanto aos dispositivos que regulam as questões aqui abordadas. Na hipótese de contratos de compra e venda internacional de mercadorias, afasta-se, de plano, aplicabilidade do art. 492 em prol da utilização do art. 69 da CISG, que tratam da mesma dogmática, qual seja, a transferência de risco.

Neste artigo, analisaremos estes dois dispositivos por diversas perspectivas. Em primeiro lugar, abordaremos os diferentes modelos jurídicos de transferência de propriedade e seus efeitos na alocação de riscos nos contratos de compra e venda. Essa abordagem, até pela natureza do estudo, será eminentemente comparativa, buscando compreender como os diversos sistemas de direito estrangeiro tratam a transferência da propriedade e seus efeitos na alocação de riscos dos contratos de compra e venda.

Em segundo lugar, exporemos a regra geral estabelecida tanto no art. 492 do Código Civil quanto no art. 69 da CISG, expressa no brocardo latino *res perit*

⁴ Decreto Legislativo nº 538, de 18.10.2012.

⁵ Decreto nº 8.237, de 16.10.2014.

⁶ AgRg na CR nº 8.279/AR. Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, j. 17.6.1998.

⁷ Cf. Parte II e Parte III da Convenção.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.

domino. Neste capítulo, abordaremos o conteúdo da regra, sua importância no ordenamento jurídico brasileiro e sua abrangência dentro do direito civil pátrio.

Após, analisaremos a dogmática regulatória dos riscos efetivamente assumidos pelo vendedor e pelo comprador, seja antes da transferência de propriedade, seja depois desta. Este estudo tem relação próxima com o dos efeitos da obrigação de dar (arts. 233 a 246 do Código Civil), bem como os das regras intrínsecas ao pagamento, principalmente as regras sobre objeto e prova de pagamento (arts. 313 a 326 do Código).

Por fim, transferiremos o foco para dois aspectos adicionais contidos especialmente nos parágrafos subjacentes ao art. 492 do Código Civil: a transferência de risco na compra à conta, peso ou medida, bem como os efeitos da mora na alocação de riscos decorrentes da compra e venda. Estes dispositivos trazem regras *sui generis* e especiais de aplicabilidade limitada, mas de particular relevância na dogmática do tema proposto.

2 Modelos jurídicos de transferência de propriedade e seus efeitos na alocação de riscos contratuais

Antes de abordar o direito brasileiro que regula a transferência de risco na compra e venda, é importante compreender os diferentes modelos de transferência de propriedade e seus efeitos na regra de alocação de seus riscos. Esse passo é relevante para a compreensão da regra da *res perit domino* e sua ocorrência no direito brasileiro.

Há duas regras no direito comparado sobre a transferência de propriedade. A primeira delas é contida na máxima *traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur* (ou seja, “na tradição, a entrega da coisa transfere o domínio e não o simples pacto”).⁹ Esta regra origina-se no direito romano, em que o contrato não transferiria, *per se*, a propriedade.

Afinal, havia três modalidades de tradição no direito romano: (i) a *mancipatio*, por meio da qual a tradição se dava pela pesagem do bem em balança de peso de bronze na frente de testemunhas;¹⁰ (ii) *in iure cessio*, que se consubstanciava em um procedimento para a tradição feita perante o pretor;¹¹ e, por fim, (iii) a *traditio manus*, a tradição feita pelas mãos do vendedor, que sobrevive até hoje como a

⁹ RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 138.

¹⁰ FIUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 263.

¹¹ SILVEIRA, Valdemar César da. *Dicionário de direito romano*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1957. v. 1.

principal modalidade de tradição.¹² Nenhuma delas passava a propriedade pela celebração de um contrato.

Diversos ordenamentos jurídicos seguiram esta regra, que prevê a segregação entre o contrato e a transferência da propriedade. No Brasil, segundo Álvaro Villaça Azevedo, adotou-se a regra da tradição como “ato pelo qual se concretiza o contrato, importando a entrega da coisa pelo vendedor ao comprador”.¹³ Esta regra está prevista nos arts. 237 (regra geral),¹⁴ 1.245 (bem imóvel)¹⁵ e 1.267 (bem móvel) do Código Civil.¹⁶

Além disso, essa regra também é seguida por outros ordenamentos jurídicos. No direito alemão, por exemplo, os arts. 873 (bem imóvel)¹⁷ e 929 (bem móvel)¹⁸ do *Bürgerliches Gesetzbuch* (“BGB”), o Código Civil alemão, preveem que a tradição se dá pelo registro, no caso de bem imóvel, ou pela efetiva entrega da coisa ao comprador, no caso de bem móvel.

Daí que se diz, geralmente, que a lei brasileira adotou o “modelo alemão” de transferência de propriedade. No entanto, a origem germânica tem mais relação com o registro de bem imóvel do que com a regra geral de transferência de propriedade, que existe desde os tempos romanos, como tratado acima. Segundo Pontes de Miranda:

O Registo de Imóveis provém do direito medieval alemão, ligando-se, em sua origem, ao *testemunho judicial* germânico. Nos primeiros tempos, a transmissão supunha o acôrdo (*causal*) sôbre a transferência da propriedade e a entrega corporal, a *investidura*, no lugar mesmo do imóvel. Passou-se, no direito franco, à transmissão perante o tribunal,

¹² FLUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 263.

¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 167.

¹⁴ “Art. 237. Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação”.

¹⁵ “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”.

¹⁶ “Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”.

¹⁷ “§873 Erwerb durch Einigung und Eintragung (1) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. (2) Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat”.

¹⁸ “§929 Einigung und Übergabe Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums”.

um tanto à semelhança da *in iure cessio* romana, como objeto de litígio verdadeiro ou fingido, o que, na Inglaterra, veio até 1833 (H. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, I, 286 s.). Vê-se bem que a contenciosidade era simples expediente, na maioria dos casos, e se buscava, através dela, a eficácia sentencial da coisa julgada. A concepção da transmissão em ato de jurisdição voluntária foi grau mais recente, mais alto, na evolução jurídica: prescindiu-se da carga de condenatoriedade, ressaltando a eficácia da sentença em ato constitutivo: era a *resignatio*, a *dimissio*, a *Auflassung*, que passava de deixação material a declaração de vontade, com a conseqüente eficácia do ato estatal.¹⁹ (Grifos no original)

Por isso, o correto seria afirmar que o direito brasileiro tem origem mista, buscando inspiração tanto na corrente romana quanto na germânica, como fazem alguns doutrinadores. Por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves afirma que “[f]iliou-se o nosso Código, nesse particular, aos sistemas alemão e romano”.²⁰

O direito americano positivado também adota esta regra especificamente para os contratos de compra e venda mercantil. O *Uniform Commercial Code* (“UCC”) – Código Comercial Uniforme – publicado pela primeira vez em 1952 e adotado, de uma forma ou de outra, pelos 50 estados federativos americanos, pelo Distrito de Columbia e pelos territórios americanos, como a Samoa Americana e o Guam,²¹ afirma, no art. 2-301,²² que a obrigação principal do vendedor é de transferir o título através da entrega do bem ao comprador, tudo nos termos do contrato.²³

Outros sistemas, contudo, adotam regra distinta sobre a transferência de propriedade, caracterizada pelo brocardo latino *nudus consensus parit proprietatem* (ou seja, “no consentimento nasce a propriedade”). Essa regra tem origem no Código Napoleão de 1804, que estabelece, hoje, em seu art. 1.583, que a transferência da propriedade se dá quando da convenção entre as partes.²⁴

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XI. §1.217.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II. p. 60.

²¹ Alguns dos Estados e territórios não adotaram o UCC na sua integralidade. A Universidade de Cornell, nos Estados Unidos, possui lista de Estados que adotaram o UCC, e quais artigos estão em vigor em quais Estados (Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uniform/ucc>. Acesso em: 18 jun. 2018).

²² “§2-301. The obligation of the seller is to transfer and deliver and that of the buyer is to accept and pay in accordance with the contract”.

²³ Segundo Linda J. Rusch: “[w]hen a buyer contracts to buy goods from a seller, the process of transferring the ownership of the goods to the buyer begins. At the point of contract formation, however, the buyer does not have an enforceable property right to the goods” (RUSCH, Linda J. *Property Concepts in the Revised U.C.C. Articles 2 and 9 are alive and well*. *SMU Law Review*, v. 54, n. 2, p. 947-970, 2001. p. 949).

²⁴ “Code Civil Français, article 1583. Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encore été livrée ni le prix payé”.

Historicamente, a transição do sistema romano de tradição para o sistema napoleônico se deu por meio da consagração da prática adotada no direito costumeiro francês. Nas palavras de Iacyr de Aguiar Vieira:

Pouco a pouco ocorre uma desmaterialização do ato translativo que é substituído por uma tradição simbólica: por exemplo, a entrega do escrito que constatava a venda. Esta evolução teve lugar no Ancien Droit, onde se tomou por hábito mencionar, por escrito, o cumprimento da tradição (cláusula de *dessaisine-saisine*).

O direito costumeiro francês admitia que uma *dessaisine-saisine* feita em presença do tabelião e de testemunhas correspondia à entrega da posse ou tradição. Era uma tradição fictícia, simulada; para que a propriedade fosse transmitida, uma cláusula do contrato era o suficiente.

Os redatores do Code Civil concluíram esta evolução, consagrando o princípio da transferência solo consensu como consequência da autonomia da vontade.²⁵

De acordo com a doutrina francesa, a inovação tem por fundamento uma suposta “excessividade” nas regras e nas sutilezas legais do sistema romano. Nas palavras de René-Marie Rampelberg, professor de História do Direito da Universidade Paris XI:

[E]n droit romain le transfert de la propriété s’effectuait par la traditio et par l’ occupatio; ainsi les règles et les subtilités juridiques étaient excessives. Au contraire, selon les principes du droit français, il suffisait du contrat. Et ces principes étaient plus conformes à la raison et plus favorables à la société.²⁶

Essa nova regra espalhou-se rápido pelos países europeus. Hoje, a regra do *nudus consensus parit proprietatem* não só continua vigente no direito francês, como é parte também do Código Civil italiano (art. 1.376)²⁷ e do Código Civil português (art. 879).²⁸ Em todas estas legislações, a transferência de propriedade se dá quando da celebração do contrato de compra e venda.

²⁵ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A compra e venda e a transferência de propriedade: modelos causais e abstratos. *Revista dos Tribunais*, v. 765, p. 59-77, jul. 1999. p. 60.

²⁶ RAMPENBERG, René-Marie. La Vente est-elle Translative de la Propriété? Variations Franco-Germaniques sur un Thème Romain. *Revue d’histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, n. 19, p. 49-63, 1998. p. 59.

²⁷ “Articolo 1376. Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”.

²⁸ “Artigo 879. A compra e venda tem como efeitos essenciais: a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; b) A obrigação de entregar a coisa; c) A obrigação de pagar o preço”.

Não por outro motivo estes ordenamentos jurídicos não possuem regras que tratam da alocação de risco no período entre a celebração do contrato e a transferência da propriedade. Afinal, esta questão é de decorrência lógica da norma: se a transferência da propriedade se dá quando da celebração do contrato, os riscos automaticamente passam a ser do vendedor neste momento.

A questão se dá nos casos dos ordenamentos jurídicos que preveem um inter-regno entre o contrato e a tradição. Aqui é que se torna necessário que o legislador preveja uma norma de alocação de riscos antes e depois da transferência da propriedade, de modo a regular os riscos concernentes aos períodos pré e pós-tradição – tudo, claro, na ausência de acordo das partes.

No direito alemão, a norma está contida no art. 446 do BGB,²⁹ e, no direito doméstico americano positivado, a norma deriva do art. 2-509(3) do UCC.³⁰ Já no direito brasileiro, essa regra está disposta no art. 492 do Código Civil,³¹ que adota a *res perit domino* como regra geral de alocação de riscos pré e pós-tradição na regulamentação dos contratos de compra e venda sujeitos ao Código Civil, e no art. 69(1) da CISG,³² que trata exclusivamente dos contratos de compra e venda internacionais de mercadoria.

3 A *res perit domino* no direito brasileiro

Para devidamente compreender a regra da *res perit domino* no direito brasileiro da compra e venda, analisaremos, neste capítulo, (1) seus antecedentes históricos; (2) a regra geral constante do art. 492 do Código Civil; (3) a regra para a compra e venda feita à conta, peso, medida ou assinalamento; e (4) os efeitos da mora na alocação de riscos nos contratos de compra e venda.

3.1 Antecedentes históricos

Alguns afirmam que a regra da *res perit domino* tem origem no Código Hammurabi, que previa, em seu art. 244, que “[s]e um homem alugou um boi

²⁹ “§446 Gefahr- und Lastenübergang Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist”.

³⁰ “(3) In any case not within subsection (1) or (2), the risk of loss passes to the *buyer* on his *receipt* of the goods if the seller is a merchant; otherwise the risk passes to the buyer on tender of delivery”.

³¹ “Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”.

³² “Art. 69(1) Nos casos não compreendidos nos artigos 67 e 68, o risco se transferirá ao comprador quando este retirar as mercadorias ou, se não o fizer no tempo devido, a partir do momento em que as mercadorias forem colocadas à sua disposição, estando ele em violação contratual por recusar-se a recebê-las”.

ou um jumento e se o leão o matou em campo aberto, a perda será do proprietário”. Outros, como Miguel de Serpa Lopes, asseveram que essa norma nasce no direito romano.³³

Contudo, há divergência na doutrina romanista sobre se a *res perit domino* se aplicava a todos os contratos. Segundo Antônio Santos Justo, os riscos do perecimento recaiam sobre o locador.³⁴ Na visão do autor, a regra do *res perit domino* se aplicava às locações, em que o risco da perda da coisa recaía, sempre, sobre o locador (*res perit locatoris*) por ser o proprietário do bem.³⁵ Essa interpretação segue a linha do art. 244 do Código Hammurabi, acima citado, que faz expressa referência à locação, e não à compra e venda. Já Vandick Lopes da Nóbrega afirma que “[o] princípio dominante no Direito de Justiniano atribuía o ônus dos riscos sempre ao comprador, que devia pagar o preço mesmo que não recebesse a coisa: *perfecta emptione periculum est emptoris*”.³⁶

Independentemente do debate romanista, fato é que é a *res perit domino* não constava como regra geral de alocação de riscos na compra e venda regulada pelo direito brasileiro. Nas Ordenações Filipinas de 1603, previa-se que “tanto que a venda de qualquer cousa he de todo perfeita, toda a perda e perigo, que dahi em diante acerca della aconteça, sempre acontece ao comprador, ainda que a perda e dano aconteça, antes que a cousa seja entregue”.³⁷

Curioso notar que o Código Civil português de 1867 –³⁸ intitulado Código Seabra, em homenagem ao seu criador, o Visconde de Seabra – segue também as Ordenações Filipinas em seu art. 717, que diz: “[s]e a cousa transferida por efeito de contrato se deteriorar ou perder em poder do alienante, correrá o risco por conta do acquirente, salso se se houver deteriorado ou perdido por culpa ou negligencia do alienante”.³⁹ Regra que faz sentido, haja vista o fato de que o direito português adotou o modelo de transferência de propriedade baseado na regra do Código Napoleão.

³³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. III. p. 337.

³⁴ JUSTO, Antônio Santos. *Direito privado romano*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. v. II. p. 56.

³⁵ JUSTO, Antônio Santos. *Direito privado romano*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. v. II. p. 68.

³⁶ NÓBREGA, Vandick Londres da. *Compêndio de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969. v. II. p. 293.

³⁷ Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 18 jun. 2018.

³⁸ Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

³⁹ A preferência por esta norma pode ter tido influência francesa. O Código Seabra foi o primeiro Código Civil de Portugal, e padeceu de forte influência napoleônica. Tanto que a doutrina portuguesa afirma que o Código tem como grande característica a recepção quase que total do Código Napoleão. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “não deve ser esquecido um aspecto da maior importância [...]: a recepção directa do pensamento napoleônico” (MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da modernização do direito civil: aspectos gerais*. Braga: Almedina, 2004).

No Brasil, Augusto Teixeira de Freitas, um dos grandes civilistas do país, estipulou, no art. 537 de sua Consolidação das Leis Civis,⁴⁰ regra igual à das Ordenações Filipinas. Tal dispositivo estabelecia que “[t]anto que a venda é perfeita, toda a perda, que sobrevêm á coisa vendida, ainda mesmo antes da entrega, é por conta do comprador”. Afinal, este era o direito brasileiro da época das Ordenações Filipinas.

Mas Teixeira de Freitas inova em seu Esboço de Código Civil,⁴¹ que previa, em seu art. 904, §1º, que “[s]e a coisa se perder sem culpa do devedor restituente, perder-se-á para seu dono; e, salvos os direitos deste até o dia da perda, a obrigação se resolverá”. Previa também, em seu art. 2.023, §1º, que ficaria obrigado o vendedor “a conservar a coisa vendida, até que a entregue ao comprador (art. 900, nº. 1), sob pena de responder por toda a culpa (art. 881, nº.1)”.

A razão pela qual o gigante civilista inovou em seu projeto de lei parece ter origem em certo desdém do autor para com o Código Napoleão e suas regras referentes à transferência de propriedade e risco da coisa. Em seus comentários ao art. 904, §1º, Teixeira de Freitas afirma que a regra que prevê que a transferência de propriedade se dá pelo contrato, tal como a vigente na legislação francesa, seria uma ficção, e que estabelecer que o risco da coisa perece com o comprador seria injusto:

Esta disposição [que o risco perece para o comprador] é injusta, contradiz o princípio indeclinável de que a coisa perece por conta de seu dono, não se justifica com a regra que se costuma invocar – *debitor rei certae ejus interitu liberatur* – e nem é possível justificá-la em uma legislação, com a nossa, que tem distinguido o direito pessoal e o direito real, não confundindo a obrigação com o domínio. [...]

Esta crítica achar-se-á em todos os Escritores Franceses, pôsto que pelo Cod. Napoleão, os riscos da coisa vendida, bem como pela nossa legislação atual, também são por conta do comprador, ainda que a coisa não lhe tenha sido entregue. Mas no Direito francês tem-se evitado a contradição ao princípio – *res suo domino perit* – porque se entende que a coisa vendida se transmite para o domínio do comprador desde o momento do contrato, e sem dependência da tradição. Ora, sendo impossível que eu adotasse essa teoria do direito francês, tão falsa que no próprio código napoleônico se desmente por mais de uma incoseqüência, força era que em apartasse da nossa legislação atual.

⁴⁰ Disponível em: http://direitocivildigital.com/?page_id=4159. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁴¹ Disponível em: http://direitocivildigital.com/?page_id=4159. Acesso em: 18 jun. 2018.

A partir do pensamento de Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua incluiu, em seu ambicioso Projeto, dispositivos que tratam tanto da transferência de propriedade com a tradição quanto da *res perit domino*. Posteriormente, com a aprovação do Código Civil de 1916, foram incluídos os arts. 868 e 1.127, cujas regras sobrevivem hoje dentro dos arts. 237 e 492 do Código Civil de 2002.

3.2 A regra geral: art. 492 do Código Civil

A regra geral que regula a transferência de risco nos contratos de compra e venda está prevista no art. 492 do Código Civil. Dispõe aquele artigo que “[a]té o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”.

Como visto, o Código elegeu estabelecer a regra de transferência de propriedade com a tradição. É isso que afirma o art. 237 do Código Civil: “[a]té a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação”. O art. 237 é aplicável apenas às obrigações de dar coisa certa – como a compra e venda –, já que está disposto na seção específica desta modalidade de obrigação.

Logo, a regra não se aplica aos contratos que não tratem das obrigações de dar ou restituir. O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), em acórdão de lavra do Min. Adhemar Maciel, decidiu que a regra não se aplica aos contratos de alienação fiduciária, por exemplo, vez que “[a] alienação fiduciária em garantia não é um contrato de depósito genuíno” –⁴² este, sim, de restituição.

A tradição, em si, pode se dar de duas maneiras, a depender da natureza da coisa: por registro, no caso dos bens imóveis (art. 1.245 do Código Civil); ou por simples entrega, se o bem é móvel (art. 1.267 do mesmo diploma).

A regra do art. 492 estabelece, então, que, até que um destes dois eventos aconteça, o risco de perda recai integralmente sobre o vendedor. Por sua vez, os riscos decorrentes do pagamento ficam por conta do comprador. Uma vez que se dê a tradição, transfere-se o risco; o vendedor assume o risco do pagamento, e o comprador assume o risco de perda da coisa. A simplicidade da regra fica mais clara ainda em planos cartesianos:

⁴² STJ. RHC nº 4.288/RJ. Rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª Turma, j. 13.3.1995.

Pré-Tradição	Pós-Tradição
VENDEDOR	COMPRADOR
Riscos da coisa	
Riscos do pagamento	
COMPRADOR	VENDEDOR

A primeira questão que se põe é sobre a abrangência da norma: quais contratos de compra e venda estão cobertos pela regra – se somente os contratos de compra e venda de bens móveis, ou são também incluídos os contratos de bem imóvel. Tal debate se dá por dois motivos, um de natureza material, outro de natureza formal.

Primeiro, pois, como bem salientou Teixeira de Freitas, o direito civil brasileiro repartiu, de forma quase que absoluta, o direito obrigacional do direito real. Logo, poderia se argumentar que esta regra, de natureza obrigacional, não se aplicaria aos direitos reais. Segundo, porque o art. 492 (e, para o que importa, o art. 237) menciona apenas a “tradição”, sem, contudo, tratar do registro – condição necessária para a transferência de propriedade dos bens imóveis.

Tal debate, contudo, não é tão acalorado. Em primeiro lugar, os artigos incluídos no capítulo dedicado à compra e venda aplicam-se, também, à compra e venda de bem imóvel.⁴³ Ademais, o fato de o artigo mencionar o termo “tradição” e não “registro” soa irrelevante, vez que o registro é a modalidade de tradição aplicada aos bens imóveis.

Para evitar qualquer debate, Clóvis Beviláqua já afirmava, em seu comentário ao dispositivo, que “[a]té o momento da tradição do móvel ou da transcrição do imóvel, pertence a coisa ao vendedor. Correm por conta dele os riscos, porque cada um suporta as perdas e degradações daquilo que lhe pertence”.⁴⁴

Outra questão é a da abrangência da norma; se ela se aplica apenas aos riscos da propriedade em si ou também aos frutos. O Código Civil resolve tal questão no art. 233, em que se lê que “[a] obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso”. Logo, se a obrigação em si abrange os frutos, a perda também os abrangerá.

⁴³ WALD, Arnold. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 3.

⁴⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Beviláqua*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950. p. 294.

Interessante notar a interação entre o art. 492 e os artigos que tratam dos riscos na obrigação de dar coisa certa. O risco é “aquilo que a coisa se acha exposta de deterioração e perda”.⁴⁵ Estes riscos não estão descritos no art. 492, mas encontram-se regulados nas normas obrigacionais.

O primeiro risco é o de perda da coisa, regulado pelo art. 234 do Código Civil. A primeira parte do dispositivo trata da perda da coisa sem culpa do vendedor. Nesta hipótese, “fica resolvida a obrigação para ambas as partes”. Já no caso de perda da coisa com culpa do vendedor, prevista na segunda parte da norma, “responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos”.

Aqui, é possível se perceber certa incongruência no Código. A primeira parte do dispositivo afirma que, em caso de perda da coisa sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação. Portanto, pode-se dizer que, nessa hipótese, o risco não recai exclusivamente sobre o vendedor, como deveria ser pela regra do art. 492, mas é repartido entre ambas as partes. Afinal, nenhuma das duas recebe o que entendia ser devido, e ambas perdem, com isso, a utilidade da transação.

Essa aparente incongruência pode, contudo, ser explicada. O artigo trata apenas da hipótese de perda sem culpa do vendedor. Um bom exemplo dessa é o caso fortuito ou força maior. Se o art. 234 não existisse, a resposta ao problema estaria no art. 393, que prevê que “[o] devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Portanto, apesar de excetuar a regra do art. 492 do Código Civil, o dispositivo garante, de certa forma, a congruência interna do sistema das obrigações, vez que alinhado ao art. 393 do Código Civil.

Inclusive, a jurisprudência pátria aplica justamente este entendimento. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”), em acórdão de lavra do Des. Reinaldo Caldas, da 29ª Câmara de Direito Privado, decidiu que:

Admitindo o autor [vendedor] que não conseguiu colher a safra de mandioca, tem-se que o produto da venda pereceu em seu poder, por fato não imputável às rés, de modo que não há como responsabilizar a cooperativa, virtual compradora, por não ter comprado a produção.⁴⁶

Outro fato curioso é que o art. 239 traz regra idêntica à da segunda parte do art. 234, ao afirmar que “[s]e a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos”. À primeira vista, parece

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. II. p. 59.

⁴⁶ AC nº 9145043-05.2006.8.26.0000. Rel. Des. Reinaldo Caldas, 29ª Câmara de Dir. Priv., j. 24.5.2011.

ser uma repetição desnecessária da norma. Porém, a leitura detida do art. 238⁴⁷ mostra que o dispositivo trata da perda, com culpa, da coisa objeto de restituição.

Aliás, importante notar que estes dois artigos trazem relevante aplicação da regra da *res perito domino* aos pactos restitutórios. Quanto aos bens objetos de obrigação de restituir coisa certa, o risco de perda, se esta ocorrer sem culpa do restituinte, recai sempre sobre o restituído, resolvendo a obrigação e mantendo vivos seus direitos até o dia da perda. A importância se dá pelo fato de que, na restituição, não há transferência de propriedade – logo, é o proprietário (o restituído) quem assume os riscos, pois deixou a coisa própria na posse de outrem até a restituição.⁴⁸ Essa hipótese se aplica, por exemplo, nos contratos de depósito, em que o interesse do proprietário é a restituição do bem.

O segundo risco é o de deterioração da coisa, regulado pelos arts. 235 e 236 do Código Civil. O primeiro artigo trata da deterioração da coisa sem culpa do vendedor, hipótese na qual “poderá o credor [comprador] resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu”. Já o segundo dispositivo, que regula a deterioração do bem com culpa do vendedor, afirma que “poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos”.

Note-se que, no caso de deterioração da coisa, o resultado é praticamente o mesmo: seja por culpa seja sem culpa do vendedor, o comprador pode exigir a coisa deteriorada, com direito de reclamar o abatimento no preço ou indenização – que, por óbvio, será aplicado na forma de abatimento do preço. As diferenças se dão na possibilidade de resolução (no caso de deterioração sem culpa do vendedor) e na hipótese de exigir-se o equivalente (no caso de deterioração com culpa do vendedor).

A deterioração do bem objeto de restituição encontra-se regulada no art. 240 do Código. Nele, estabelece-se que “[s]e a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239”. Trata-se de regra praticamente idêntica à da deterioração da coisa vendida, com uma diferença: em caso de deterioração sem culpa, o restituído não tem direito à indenização.

Mas não é só de perda e deterioração que trata a lei. O Código também regula o crescimento do bem pré-tradição. O art. 237 do Código estabelece que “[a] té a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá

⁴⁷ “Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda”.

⁴⁸ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 108-109.

o devedor resolver a obrigação”. Trata-se da regra *res crescit domino*. De acordo com Silvio Venosa:

No que nos referimos aos cômodos na coisa comprada (acréscimos ou melhoramentos), a regra aplicável é a do art. 237. O acréscimo ocorrido entre a celebração da compra e venda e a entrega favorece o dono (*res crescit domino*), ou seja, o vendedor. Este poderá reclamar aumento do preço e, se houve negativa por parte do comprador, considerará desfeito o negócio.⁴⁹

O Código regula os riscos da coisa que são suportados pelo vendedor até a tradição e pelo comprador a partir dela. Contudo, não há dispositivo que trate dos riscos decorrentes do pagamento, que, como se viu, serão suportados pelo comprador até a tradição, e pelo vendedor a partir dela.

Via de regra, o pagamento se dá por meio de operações bancárias, cujo controle é bastante rigoroso, ou por títulos de crédito, como letras de câmbio e notas promissórias, em que o pagamento é conectado à entrega do título – logo, sem muito risco. Mas quando os pagamentos dependem de conversão monetária, ou estão sujeitos à superinflação, os riscos são enormes – ainda mais em momentos de extrema volatilidade econômica. Por exemplo, em um contrato de compra e venda com pagamento no exterior, em dólares americanos, se a taxa de câmbio varia de forma exponencial entre a data da celebração do contrato e a data da tradição, é o comprador quem assume o risco?

De acordo com a regra geral do art. 492, sim, este é um dos riscos assumidos pelo comprador. Mas há outros instrumentos que permitem a revisão das prestações por fato imprevisível (como, por exemplo, o art. 317 do Código Civil)⁵⁰ ou até a resolução do contrato por onerosidade excessiva (art. 478 do mesmo diploma),⁵¹ desde que demonstrados seus requisitos. Além disso, Álvaro Villaça Azevedo propõe, ainda, a possibilidade de correção do valor da prestação com fundamento no art. 487 do Código Civil:

Pode acontecer, por exemplo, uma desvalorização cambial que reduza o valor aquisitivo da moeda. Isso acontece principalmente ante

⁴⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 39.

⁵⁰ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

⁵¹ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

a inflação monetária ou a depreciação que sofre a coisa, por fato natural ou por atuação humana. Na análise que fiz do art. 487, retro, deixo bem clara a possibilidade de correção monetária, por ele permitida, corrigindo-se essa depreciação valorativa.⁵²

Tem-se que, apesar da regra geral prevista no art. 492, existem algumas exceções que permitem a mitigação destes riscos. Seja em caso de perda da coisa sem culpa, seja na hipótese de restituição de coisa, ou seja, ainda, nos casos de riscos decorrentes de variação imprevisível e superveniente no objeto do pagamento, pode-se imaginar a hipótese de variação da regra geral.

3.3 Compra e venda feita à conta, peso, medida ou assinalamento

Além da regra geral disposta no *caput* do art. 492, o Código Civil disciplina, ainda, a transferência do risco de perda nos contratos de compra e venda feitos à conta, peso, medida ou assinalamento. No §1º do mesmo dispositivo, afirma que “os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste”.

Trata-se de norma específica para esta modalidade de compra e venda pois, nestes casos, há risco maior de perda da coisa no ato de especificação. Por isso, o Código afirma que, uma vez postas à disposição do comprador – ou seja, no ato de contar, marcar, pesar ou assinalar –, correrão por este seus riscos. Nas palavras de José Maria de Carvalho Santos:

A compra e venda por ser feita em bloco, à conta, peso ou medida. Será em bloco quando as coisas vendidas em seu complexo, consideradas em globo e vendidas por um só preço. Exemplo: uma partida de café, depositada em tal armazém. Não há necessidade de contagem, peso, medida, para a especificação da coisa. Será à conta, peso ou medida quando o preço seja fixado pela unidade do número, peso ou medida, passando para o domínio do comprador apenas quando tenham sido assim determinadas. A contagem, pesagem ou medida não dependem de convenção expressa à vista do texto do Código, que se refere às coisas que se costumam pesar, etc. Ora, a individualização

⁵² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 178.

da coisa se dá exatamente quando se está pesando, contando ou medindo a coisa. É este o momento em que o domínio da coisa se transmite, em que se conclui a tradição.⁵³

Questiona-se a origem do §1º. Por um lado, é possível perceber uma clara inspiração do Código Napoleão, que prevê, em seu art. 1585, regra similar.⁵⁴ Mas a origem dessa norma é, inegavelmente, a *praxis* romana da *mancipatio*. A *mancipatio* era uma forma de aquisição de propriedade através de pesagem, feita perante testemunhas.⁵⁵ Era muito utilizada no período arcaico, mas caiu em desuso com o advento da *traditio*, no período justinianeu.⁵⁶

Talvez pela pretensa inspiração francesa, poder-se-ia ver no artigo uma forma de transmissão do risco anterior à efetiva tradição. No entanto, a tradição, aqui, já se deu, quando o bem é colocado à disposição do comprador para conta, pesagem, medida ou assinalamento. Inclusive, Pontes de Miranda, ao comentar o respectivo dispositivo no Código de 1916, afirma que, “[n]o direito brasileiro, desde o Código Civil, abstraiu-se do animus e do corpus. Houve transmissão da posse própria, mesmo se possuidor imediato continuou de ser – já agora possuidor impróprio – o vendedor, ou se terceiro assumiu a posse imediata imprópria”.⁵⁷

Ademais, cumpre lembrar também a regra contida no art. 246 do Código, que regula a transferência de risco da coisa fungível. Tal dispositivo afirma que, “[a]ntes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito”. Os dois dispositivos, portanto, dialogam entre si, na medida em que ambos têm como premissa que a tradição se dá no ato de especificação – no caso do art. 492, §1º, por meio da conta, pesagem, medida ou assinalamento do bem à disposição do devedor.

3.4 Mora e alocação de riscos nos contratos de compra e venda

Além da regra atinente às compras e vendas à conta, peso, medida ou assinalamento, o Código também regimenta expressamente os efeitos da mora na

⁵³ SANTOS, José Maria de Carvalho. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1936. v. XVI. p. 46-47.

⁵⁴ “Article 1585. Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement”.

⁵⁵ CORREIA, Alexandre. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 69.

⁵⁶ D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968. p. 136.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXIX. p. 23.

alocação de riscos. No §2º do art. 492, estabeleceu-se que “[c]orrerão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados”.

Trata-se aqui de efeito da *mora accipiendi* na alocação de riscos pré e pós-tradição. Neste caso, a lei inverte o risco, reconhecendo, de certa forma, a tradição ficta na hipótese de culpa do comprador. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “[a] *mora accipiendi* importa em inversão do risco. Posta a coisa à disposição do comprador, em tempo oportuno e modo ajustado, se não a levanta suporta os riscos, e não se pode queixar do dano a que se exponham”.⁵⁸

Também na jurisprudência pátria se percebe entendimento neste sentido. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”), por exemplo, analisando um caso envolvendo mora de um comprador de veículo na retirada deste da concessionária, entendeu ser cabível o art. 492, §2º, do Código Civil. No acordão, o TJRJ afirmou que o “[r]isco pela deterioração do bem decorrente de desgaste natural pelo decurso do tempo, que cabe ao comprador que, tendo o veículo à sua disposição, incidiu em mora accipiendi”.⁵⁹

Entretanto, o Código é silente quanto aos efeitos da *mora solvendi* na alocação dos riscos. Na hipótese de atraso na entrega pelo vendedor, como se regularia a transferência de propriedade?

Aqui é cabível a aplicação do art. 399 do Código Civil, que afirma:

O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Nesta linha, afirma Hamid Charaf Bdine Jr.:

Como o dispositivo nada menciona acerca da mora do vendedor no sentido de se recusar a entregar coisa nas condições pactuadas, devemos aplicar o art. 399 do Código Civil, que estende a responsabilidade do vendedor para os casos fortuitos, excluindo-se os casos em que o dano à coisa sobreviria mesmo se a obrigação fosse tempestivamente cumprida.⁶⁰

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I. p. 56.

⁵⁹ TJRJ. AI nº 0020697-57.2011.8.19.0000. Rel. Des. Célia Maria Vidal Meliga Pessoa, 18ª Câmara Cível, j. 13.9.2011.

⁶⁰ PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 555.

Por óbvio, tal regra também se aplica no caso da mora do comprador em realizar o pagamento. Nesta hipótese, o risco se mantém com o comprador até que o pagamento seja feito. Estende-se, por consectário lógico, a regra da manutenção do risco no lado do comprador, vez que este se encontrava em *mora solvendi* quanto à sua prestação.

4 Transferência de risco na compra e venda internacional

A aplicação da *res perit domino* como regra geral para transferência de risco se estende, também, aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, regidos pela CISG. O art. 69(1) da Convenção estabelece como regra geral que “o risco se transferirá ao comprador quando este retirar as mercadorias ou, se não o fizer no tempo devido, a partir do momento em que as mercadorias forem colocadas à sua disposição, estando ele em violação contratual por recusar-se a recebê-las”.

Este dispositivo foi pouco debatido nos anais da Convenção. Houve apenas duas propostas de emenda apresentadas contra o projeto original da Uncitral, datado de 1978:⁶¹ um da delegação da Alemanha, que buscava incluir regra sobre a *mora accipiendi* do comprador,⁶² e um da delegação da Austrália, que propunha a inclusão de um novo parágrafo, em que se regularia a tradição ficta pela entrega de documentos.⁶³

No entanto, a proposta da delegação da Alemanha foi rechaçada durante os debates da 32ª Reunião do Primeiro Comitê da Uncitral, mesmo evento no qual a delegação da Austrália retirou sua proposta.⁶⁴ No fim, o dispositivo que hoje é o art. 69 da CISG foi aprovado por unanimidade na 9ª Reunião do Plenário da Uncitral.⁶⁵

⁶¹ Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1978draft.html>. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁶² “Federal Republic of Germany (A/CONF.97/C.1/L.212): After article 81 became CISG article 69], add a new article 81 bis as follows: ‘(1) Where the delivery of the goods by the seller is delayed owing to a breach of an obligation of the buyer the risk shall pass to the buyer from the last date when, apart from such breach, delivery of the goods could have been made in accordance with the contract. ‘(2) If, however, the contract relates to a sale of goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods have been clearly identified to the contract and the seller has notified the buyer that this had been done” (Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries69.html>. Acesso em: 19 jun. 2018).

⁶³ “Australia (A/CONF.97/C.1/L.242): Insert a new paragraph following paragraph (2), as follows: ‘(3) Goods may be regarded as having been placed at the disposal of the buyer, notwithstanding that pursuant to article 54 [became CISG article 58] they or the documents controlling their disposition have not been handed over to the buyer pending payment of the price” (Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries69.html>. Acesso em: 19 jun. 2018).

⁶⁴ Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting32.html>. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁶⁵ Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary9.html>. Acesso em: 19 jun. 2018.

A regra do art. 69(1) é acompanhada de outros dois parágrafos: o art. 69(2) afirma que “[s]e o comprador estiver obrigado a retirar as mercadorias noutro lugar que não o estabelecimento comercial do vendedor, o risco se transferirá quando a entrega se efetuar e o comprador souber que as mercadorias estão à sua disposição nesse lugar”.

Já o art. 69(3) afirma que “[s]e o contrato se referir a mercadorias ainda não individualizadas, não se considerará que tenham sido postas à disposição do comprador até que sejam elas claramente identificadas para os efeitos do contrato”.

O interessante é que é possível traçar um paralelo direto entre este último dispositivo e o §1º do art. 492 do Código Civil. Isto porque ambos tratam da coisa não individualizada, e impõem regras similares, no sentido de que o risco se transfere ao comprador quando da identificação do bem.

Contudo, a CISG, até por ser produto de consenso internacional, prevê regras específicas, aplicáveis a determinadas modalidades de compra e venda. Os arts. 67 e 68, em especial, governam a compra e venda com transporte de mercadorias e a compra e venda em trânsito, e as regulam de forma muito distinta da *res perit domino*.

O art. 67 afirma:

Se o contrato de compra e venda implicar também o transporte das mercadorias e o vendedor não estiver obrigado a entregá-las em lugar determinado, correrão por conta do comprador os riscos a partir da entrega das mercadorias ao primeiro transportador, para serem trasladadas ao comprador nos termos do contrato.

Aqui impera regra similar à da transferência por tradição, mas a tradição não é feita ao comprador, e sim ao transportador, que realizará a entrega do bem.

A regra privilegia o vendedor, pois este se desonera assim que entregar o bem ao transportador. O fundamento é um princípio de comércio internacional que afirma que o comprador está em melhor posição para determinar qualquer dano ao bem como resultado do transporte, e poderá, assim, acionar o transportador mais facilmente.⁶⁶

Entretanto, “[s]e o vendedor estiver obrigado a entregar as mercadorias ao transportador em lugar determinado, os riscos só se transferirão ao comprador quando as mercadorias forem entregues ao transportador naquele lugar”. A função dessa regra refere-se à hipótese de entrega em local distinto ao do transportador. A

⁶⁶ SCHLECHTRIEM, Peter *et al.* *Commentary to the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Londres: Oxford, 2010. p. 928.

função é apenas desonerar o vendedor na entrega no local acordado, e não quando do seu transporte até lá.⁶⁷

Aliás, o art. 67 também prevê:

[O] risco não se transferirá ao comprador até que as mercadorias estejam claramente identificadas para os efeitos do contrato, mediante a marcação das mercadorias, pelos documentos de expedição, por comunicação enviada ao comprador ou por qualquer outro modo.

É possível fazer um paralelo com o art. 492, §1º, sobre a coisa fungível.

Por outro lado, o art. 68, que regula a transferência do risco no âmbito dos contratos de compra e venda em trânsito, estabelece que “o risco se transferirá ao comprador a partir do momento em que o contrato for concluído”. Aqui, a CISG departe-se, por completo, da regra da *res perit domino*, adotando o modelo francês.

O motivo da regra é a própria natureza desta modalidade de contrato. Aqui, a CISG busca regular os contratos celebrados enquanto o bem está em trânsito.⁶⁸ Neste caso, seria impossível para as partes contraentes saber em que momento exato ocorreu o dano, se antes ou depois de o contrato ter sido celebrado. Logo, a CISG cria uma regra de ficção jurídica, alocando este risco ao comprador.

Note-se, contudo, que o mesmo dispositivo prevê que “o risco da perda ou deterioração correrá por conta do vendedor se, no momento da conclusão do contrato de compra e venda, o vendedor sabia ou devesse saber que as mercadorias sofreram perda ou deterioração, sem ter informado ao comprador”. Aqui, a Convenção privilegia a boa-fé, princípio norteador de sua interpretação, ao estabelecer que o risco recai sobre o vendedor se ele sabia ou devia saber da perda ou deterioração quando da celebração do contrato.

Importante notar, ainda, que estes dispositivos podem ser modulados pela parte, por força do art. 6º da CISG, que prevê que “as partes podem excluir a aplicação desta Convenção”. Aliás, tal modulação é bastante comum nesta seara, em especial por conta da opção pelos Incoterms, regras de transferência de risco e propriedade elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) e geralmente aplicadas em contratos de compra e venda internacional de mercadorias.⁶⁹

⁶⁷ NICHOLAS, Barry. Article 67. In: BIANCA-BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987. p. 492.

⁶⁸ HONNOLD, John O. Risk of Loss. In: GALSTON, Nina M.; SMIT, Hans. *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: Matthey Bender, 1984. p. 8.11.

⁶⁹ Para mais informações, cf. GUIDE ICC sur le transport et les règles INCOTERMS 2010. Paris: CCI, 2017.

Logo, a regra geral da *res perit domino* permeia também a CISG. Mesmo nas hipóteses em que a Convenção difere da norma geral, protege-se aquele que não está na posse da coisa – que é, no fundo, o conteúdo maior da regra geral de transferência de risco na compra e venda.

5 Conclusão

Como visto ao longo deste artigo, a regra geral da *res perit domino* tem precedência no direito brasileiro da compra e venda. Seja por aplicação do art. 492 do Código Civil ou do art. 69 da CISG, a transferência de risco, via de regra, se dará na tradição. Até lá, os riscos da coisa se mantêm com o vendedor, e os riscos do pagamento, com o comprador.

A norma, de origem antiga, remonta, principalmente, ao modelo de transferência de propriedade adotado no Brasil com o Código Civil de 1916. Aliás, sequer há necessidade da regra sem que haja um interregno entre a celebração do contrato e a tradição. Afinal, nos países em que se adota o modelo napoleônico de transferência de propriedade, onde os riscos se transferem com o pacto, não há se falar em *res perit domino*.

A regra parece ser eficiente, na medida em que aloca o risco da propriedade àquele que a detém, e o do pagamento, àquele que a controla. Essas partes têm mais recursos para tentar evitar o inadimplemento, vez que estão em posse ou controle da prestação. Logo, pelo menos de um ponto de vista econômico, a *res perit domino* faz sentido.

Contudo, é possível se vislumbrar hipóteses de atualização da norma para os dias modernos. Por exemplo, as disposições previstas nos arts. 67 e 68 da CISG, que fogem da regra geral em situações em que o risco não pode ser transferido tão facilmente, são bons pontos de partida. Apesar de estas regras terem fundamento na regulação de contratos internacionais, não é muito difícil imaginar a sua aplicabilidade também aos contratos domésticos entre ausentes, com entrega feita por transporte de terceiros, ou até nos contratos que tratam de bens em trânsito.

Na ausência de norma específica, deve-se atentar o julgador para fins de evitar injustiças, mantendo o interesse contratual vigente e assegurando que as partes obtenham a prestação que visam ter com o contrato. Do contrário, arrisca-se a modelagem de alocação de riscos contratuais e, por consequência, todo o sistema econômico fundado nela.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950.
- BIANCA-BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987.
- CARVALHO SANTOS, José Maria de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1936. v. XVI.
- CASTRO NEVES, José Roberto de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- CORREIA, Alexandre. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.
- D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FIUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- GALSTON, Nina M.; SMIT, Hans. *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: Matthey Bender, 1984.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II.
- JUSTO, Antônio Santos. *Direito privado romano*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. v. II.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil: contratos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. III.
- NACATA JUNIOR, Edson Kiyoshi. Dos riscos de perecimento fortuito antes da tradição da coisa vendida – A controvérsia sobre o problema do periculum rei venditae entre os juristas da escola humanista. *Revista de Direito Privado*, v. 51, p. 143-200, jul./set. 2012.
- NÓBREGA, Vandick Londres da. *Compêndio de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969. v. II.
- PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 11.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXIX.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XI.
- RAMPENBERG, René-Marie. La Vente est-elle Translative de la Propriété? Variations Franco-Germaniques sur un Thème Romain. *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, n. 19, p. 49-63, 1998.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.
- RUSCH, Linda J. Property Concepts in the Revised U.C.C. Articles 2 and 9 are alive and well. *SMU Law Review*, v. 54, n. 2, p. 947-970, 2001.
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil II: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- SCHLECHTRIEM, Peter *et al.* *Commentary to the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Londres: Oxford, 2010.
- SILVEIRA, Valdemar César da. *Dicionário de direito romano*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1957. v. 1.
- SIMÃO, José Fernando. “Res perit domino” e sua origem histórica. *Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/res-perit-domino-e-sua-origem-historica/3449>. Acesso em: 3 ago. 2021.
- TEPEDINO, Gustavo *et al.* (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 6, p. 9-25, out./dez. 2015.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A compra e venda e a transferência de propriedade: modelos causais e abstratos. *Revista dos Tribunais*, v. 765, p. 59-77, jul. 1999.
- WALD, Arnold. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. Transferência de risco nos contratos de compra e venda. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 2, p. 17-40, abr./jun. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.02.002.

Recebido em: 05.08.2021

Aprovado em: 26.07.2022