INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva preencher um espaço, sem completá-lo, contudo, na grande lacuna existente na literatura jurídica nacional relativa aos vícios redibitórios. Este tema - vícios redibitórios - foi objeto de poucas monografias nacionais¹, de modo que seu estudo mais aprofundado é indispensável² não apenas para sua história e conhecimento do estado atual da matéria no Brasil, mas sobretudo para sua atualização, com o desenvolvimento de melhorias em seu regime jurídico, à luz da realidade humana atual e de experiências de outros povos.

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

O leitor encontrará no primeiro item da pesquisa o esboço histórico do instituto desde seus primórdios no direito romano³ até a elaboração do edito edilício, cerca de 170 a.C.⁴

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

² Embora haja quem diga que o tema é pacificado na doutrina e não ofereça maiores debates (C. M. S. PEREIRA, *Reformulação da ordem jurídica e outros temas*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 157), o que não é verdadeiro.

³ Para tanto, foram consultadas obras não jurídicas de autores latinos, cujas traduções para o português são baseadas nas seguintes obras, exceto referência expressa na própria nota em que colocada: i) PLAUTO, *Mercator*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosus*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952; ii) PLAUTO, *Mostellaria*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenulus*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961; iii) PLAUTO, *Captivi*, in *Comédies - tome II: Bacchides - Captivi - Casina*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1933; iv) PLAUTO, *Rudens*, in *Comédies - tome VI: Pseudolus - Rudens - Stichus*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1972; v) PLAUTO, *Miles Gloriosus*, in *Comédies - tome IV: Menaechmi - Mercator - Miles Gloriosus*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1952; vi) PLAUTO, *Persa*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenulus*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961; vii) PLAUTO, *Poenulus*, in *Comédies - tome V: Mostellaria - Persa - Poenulus*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961; viii) PLAUTO, *Stichus*, in *Comédies - tome VI: Pseudolus - Rudens - Stichus*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1972; ix) PLAUTO, *Trinummus*, in *Comédies - tome VII: Trinummus - Truculentus - Vidularia - Fragments*, trad. fran. de A. Ernout, Paris, Les Belles Lettres, 1961; x) HORÁCIO, *Sátiras*, L. II, III, in *Satires, epistles and ars poetica*, trad. ing. de H. R. Fairclough, London, Harvard University, 1929; e xi) APULEIO, *Metamorphoses*, v. I, livro VI, trad. ing. de J. A. Hanson, London, Harvard University, 1989.

⁴ As traduções do Digesto referidas nas notas de rodapé no curso do texto, exceto quando a própria nota informar coisa diversa, são baseadas em três obras, quais sejam: i) P. A. TISSOT - A. G. DAUBANTON, *Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine ou collection des fragments qui nous restent du droit roman, antérieur à Justinien ou, Collection des fragmens qui nous restent du droit romain, antérieur à Justinien; contenant: 1. Les fragmens de la loi des douze tables, 2. Les fragmens de Gaius, traduits en français par P. A. Tissot. Suivis, 3. Des codes Grégorien et Hermogénien, 4. Des fragmens d'Ulpian, 5. Des sentences de Paul, aussi traduits en Français par A.G. Daubanton*, Metz, Chez Lamort, 1811; ii) H. HULOT, *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien, Traduits en français par feu M. Hulot, Docteur-agrégé de la faculté de droit de Paris et avocat au parlement, pour les quarante-quatre premiers livres, et pour les six derniers par M. Berthelot, ancien docteur-agrégé de la même faculté, avocat au parlement, censeur royal pour la jurisprudence, et maintenant professeur de législation à l'école centrale du gard. Sur un exemplaire des pandectes florentines, conféré avec l'édition originale de Contius, celle de Denis Godefroy par Elzévir et plusieurs autres*, t. III, Paris, Rondonneau, 1804; iii) I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano*, t. 1, 2 e 4, Barcelona, Jaime Molinas, 1889; e iv) G. VIGNALI, *Corpo del diritto corredato delle note di Dionisio Gotofredo, e di C. E. Freiesleben altrimenti Ferromontano, con le varianti delle leggi e con la conciliazione delle stesse fra loro, preceduto della cronologia delle leggi di Roma, compilata sulle migliori opere finora pubblicate cool'aggiunzione delle Istituzioni di Cajo, dei frammenti di tutte le leggi relative al diritto romano, sia che sieno*

Embora a pesquisa, neste aspecto, volte-se ao estudo do direito romano por razões em seu bojo justificadas, perpassa por outros modelos da Antiguidade (*e.g.* direito babilônico, grego e egípcio) e mesmo da Idade Média (direito bizantino), que não desenvolve, reservando-se para outra pesquisa mais densa, em face da origem histórica do direito nacional.

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

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

Não se pode olvidar que o direito privado brasileiro é, no mínimo, dicotômico,⁵ existindo um subsistema voltado à defesa dos consumidores, o que foi igualmente levado em conta para traçar as diferenças de regime, bem como sua proximidade, com vistas a clarificar as distinções e, sobretudo, verificar os avanços havidos no tema, com a percepção do consumidor como o grande agente econômico da atualidade a demandar proteção mais eficaz e específica.

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

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

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

mentovate nel Corpo del diritto sia che siano raccolte in altre opere, dei frammenti di Ulpiano, di Paolo e de frammenti così detti Vaticani, corredo in ultimo di sei indice e cronologici ed alfabetici, v. IV, Napoli, Achille Morelli, 1857.

⁵ Diz-se no mínimo dicotômico em razão da tentativa de ressuscitamento de um Código Comercial - PL 1572/2011, da Câmara dos Deputados (O projeto foi apresentado pelo Deputado Vicente Candido, com a seguinte ementa: "Institui o Código Comercial", aos 14/06/2011).

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

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

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

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

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

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

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

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

Note-se que, de ordinário, as inovações ocorridas no mundo ocidental aportam no Brasil décadas depois de realizadas por outras nações civilizadas, o que a presente pesquisa busca evitar.⁶

⁶ E.g.: Recentemente, iniciaram-se no Brasil discussões acerca de *jurimetria* e sua aplicação no exercício da advocacia (M. G. NUNES - J. A. Z. TRECENTI, *Jurimetria estatística e estratégia na gestão jurídica*, in *Papéis e*

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

1. HISTÓRICO

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

As condições interiores e exteriores dos seres humanos impuseram a estes a necessidade de sua adaptação social⁷ no contexto das comunidades que se formavam pouco a pouco no globo terrestre e aumentavam em complexidade suas relações,⁸ partindo do empirismo à experiência⁹ e ao método científico.

Não bastasse isso, no desenvolvimento dos povos, constatou-se uma propensão na natureza humana em realizar permutas, escambo de coisas, trocas,¹⁰ seja pela necessidade, seja pela conveniência.¹¹

Esse desejo humano, antes de ser algo racional, ordenado, pensado e disciplinado por regras (jurídicas ou não), decorre de fatores psíquicos, que se submetem a quatro padrões básicos de conduta: i) a partilha comunitária, entre membros do mesmo grupo de pessoas; ii) o confisco realizado pelo hierarquicamente superior em relação ao inferior por sua autoridade; iii) a equiparação, em que duas pessoas trocam objetos em momentos diferentes,

responsabilidades do jurídico corporativo, São Paulo, IASP, 2016, pp. 157-170). Contudo, referida discussão existe nos Estados Unidos da América desde pelo menos 1949, quando publicado artigo específico sobre este tema de autoria de L. LOEVINGER (*Jurimetrics*, in *Minnesota law review Journal of the state bar association*, 33 (1949), pp. 455-493). Mesmo as discussões relativas ao princípio da boa-fé, ainda hoje em voga no Brasil e iniciadas anos atrás, são velhas em países como a Alemanha, como demonstrou J. P. SCHMIDT, em sua conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo aos 05/12/2015, intitulada *Zehn Jahre artigo 422 Código Civil - Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis*.

Exceções feitas, diga-se, ao Código Comercial de 1850, ao Código de Processo Civil de 1973 e ao Código de Defesa do Consumidor, que se mostraram legislações de vanguarda e merecem ser enaltecidas.

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

⁸ T. S. FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 52-55.

⁹ J. LOCKE, *An essay concerning human understanding* (1959), *Ensaio sobre o entendimento humano*, trad. port. de E. B. Soveral, 5ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 105-111.

¹⁰ A. SMITH, *An inquiry into the nature and causes of wealth of nations* (1950), *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, trad. port. de T. Cardoso, v. 1, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 93-98; e G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), p. 268.

¹¹ Observe-se que a prosperidade de uma nação está ligada à segurança que se espera e que se atinge quanto ao respeito à propriedade e aos contratos. (G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), p. 268).

Além destes dois sistemas da Antiguidade, houve previsão do tema também no direito egípcio²³ e, já na Idade Média, no direito bizantino.²⁴

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

1.1. Vícios redibitórios no direito romano

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

A necessidade de análise e do estudo constante do antigo direito romano, com

that is lost; moreover, because he did not make sound the house which he constructed and it collapsed, he shall construct (anew) the house which collapsed at his own expense.” (M. T. ROTH, *Law collections from Mesopotamia and Asia minor*, 2ª ed., Atlanta, Scholars, 1997, p. 125). Além disso, quando o pedreiro construísse um prédio realizando a empreitada inadequadamente, de modo que o muro viesse a ruir, deveria o mesmo pedreiro e a suas expensas fortificar o muro em questão (§ 233). Dizia o direito antigo: “233 If a builder constructs a house for a man but does not make it conform to specifications so that a wall then buckles, that builder shall make that wall sound using his own silver.” (M. T. ROTH, *Law collections from Mesopotamia and Asia minor*, 2ª ed., Atlanta, Scholars, 1997, p. 125). No que tange à construção de navios, previam as Leis de Hammurabi que se o barqueiro calafetasse a embarcação para outrem, executando o serviço sem seriedade e no ano da prestação o navio adornasse ou apresentasse defeito, o barqueiro desmontaria o barco com seus próprios recursos, o reforçaria e o devolveria ao proprietário (§ 235). A redação era a seguinte: “235 If a boatman caulks a boat for a man but does not satisfactorily complete his work and within that very year the boat founders or reveals a structural defect, the boatman shall dismantle that boat and make it sound at his own expense, and he shall give the sound boat to the owner of the boat.” (M. T. ROTH, *Law collections from Mesopotamia and Asia minor*, 2ª ed., Atlanta, Scholars, 1997, pp. 125-126).

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

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

²³ F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1950, pp. 494-495. No que tange à relação entre o direito grego e o direito egípcio afirmada na obra retro, há crítica acerca das conclusões formuladas por M. I. FINLEY, *Some problems of greek law: A consideration of Pringsheim on sale - SEMINAR - An annual extraordinary number of the jurist*, IX, Washington, School of Canon Law, 1951, pp. 71-91).

²⁴ No direito bizantino, em relação à venda de vinhos, estabeleceu-se que era dever do vendedor garantir a qualidade do vinho vendido pelo prazo de cinco meses. Caso neste período constatasse-se que o produto estava viciado, o vendedor tinha o dever de substituí-lo por outro de boa qualidade. Referida regra de substituição teria nascido por influência do direito egípcio, que continha regra específica para a venda de animais, seguindo a qual o vendedor, para evitar a penalidade aplicável no caso da venda de animal viciado, podia oferecer outro do mesmo tipo ao credor (F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar, Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1950, pp. 494-495).

evidente proveito à melhor compreensão do sistema jurídico presente, é inegável, como apontava em sua época A. TEIXEIRA DE FREITAS²⁵ e o Brasil o percebera formalmente com a edição do Decreto nº 608, de 16 de agosto de 1851.²⁶

No que proposto para a pesquisa, sua relevância é ainda maior, não apenas porque no Brasil o direito romano vigorou por força das Ordenações do Reino de Portugal²⁷ até o início de vigência do CC/16,²⁸ mas principalmente porque as normas contemporâneas estão impregnadas pelas regras milenares que tiveram vigor na antiga Roma.²⁹

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

²⁵ Para quem “ele é um direito vivo, objecto constante das Incubrações dos sábios da Allemanha, e ponto de partida de tudo quanto se tem escripto, e se tem de escrever em materia de jurisprudencia. Não vêdes como ultimamente se julgou preciso, que o direito romano fosse leccionado nas nossas faculdades?” (*Carta de 22 de outubro de 1857*, in M. A. S. SÁ VIANNA, *Teixeira de Freitas - Traços biographicos*, Rio de Janeiro, Hildebrandt, 1905, p. 78). Citado também por J. C. MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in *Estudos de direito romano*, Brasília, Senado Federal, 2009, pp. 417-448, especialmente pp. 422-423 e notas 6 e 11.

²⁶ “Art. 2º He autorizado tambem o Governo a crear mais duas Cadeiras, huma de Direito Administrativo, e outra de Direito Romano, continuando porém a ser de cinco annos o curso completo das Sciencias Juridicas e Sociaes.”

Não se perca de vista que já no Projeto de Regulamento ou Estatutos para um Curso Jurídico, organizado pelo Conselheiro de Estado Visconde de Cachoeira, publicado aos 9 de janeiro de 1825, que segue à histórica Lei de 11 de agosto de 1827, referido autor já apontava para a necessidade do estudo de tal matéria: “Não foi só nimio estudo de direito romano a causa principal de se não formarem verdadeiros jurisconsultos...”

Sobre referido Estatuto: B. S. APOSTOLOVA, O debate sobre a fundação dos cursos jurídicos no Brasil (1823-1827). Uma reavaliação, in *Varia hist.* (33), 2017, pp. 419-458 (in <http://www.scielo.br/pdf/vh/v33n62/0104-8775-vh-33-62-0419.pdf>, acesso aos 21/12/2017); e D. RUDNICK, O Estatuto do Visconde de Cachoeira e os debates parlamentares sobre o ensino jurídico brasileiro ocorridos entre 1823 e 1827, in CARLINI, Angélica - CERQUEIRA, Daniel Torres de - ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo (orgs.), *180 anos do Ensino Jurídico no Brasil*, Campinas, Millennium, 2008, pp. 63-78; entre inúmeros outros.

²⁷ “Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Córte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.” (Lei de 20 de outubro de 1823).

²⁸ C. V. COUTO E SILVA, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, in *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* 40 (1987), p. 129.

²⁹ Aliás, há quem diga que o Brasil é uma nova Roma. Cf. D. RIBEIRO, *O povo brasileiro - A formação e o sentido do Brasil*, 2ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 265 (Nas suas palavras: “...somos uma província da civilização ocidental. Uma nova Roma, uma matriz ativa da civilização neolatina.”); e S. B. HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 27ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

1.1.1. Irresponsabilidade e responsabilidade primitiva

Nos primórdios do sistema romano, o objeto da venda representava a coisa tal qual³⁰ era e, com sua evolução, já no direito justinianeu, o objeto da prestação passou a ser o objeto tal qual deveria ser.³¹

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

O mais antigo caso de responsabilidade por vício oculto que se tem notícia no direito romano diz respeito às compras e às vendas mancipatórias de terrenos,³² como se desprende de P, S, 2, 17, 4³³ e P, 2, 19, 1,³⁴ relativamente à *actio de modo agri*, que não teria subsistido no direito justinianeu.

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

A ação para exigir referida indenização era chamada de *actio de modo agri*.³⁵

Note-se que referida regra cuidava da venda *ad mensuram* de imóveis rústicos, mas não estava ligada propriamente à teoria dos vícios redibitórios, mas sim à teoria dos delitos,³⁶

³⁰ *Tale quale*. Na idade média alemã, usava-se a seguinte expressão “*wer die Augen nicht aufsit, tut den Beutel auf*” (E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, v. 2, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1967, p. 102).

³¹ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain - Les obligations*, t. II, 4ª ed., Paris, Domat, 1948, pp. 157-158.

³² P. JÖRS - W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3ª ed., Berlin, Springer, 1949, p. 233.

³³ “4. *Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur.*”

“Vendido um terreno o vendedor, se tivesse mentido a respeito da área do mesmo, [deveria] ser por ofício do juiz e mediante avaliação, condenado a pagar ao comprador o dobro da importância correspondente à parte inexistente do terreno.” (sic) (I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 32, nota 15).

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

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

³⁵ A. D’ÓRS afirma que no direito arcaico o vendedor indenizaria a diferença, mas que era possível a litiscrescência (*manus iniectione* no direito arcaico ou *duplum* no direito clássico) em favor do comprador (*Derecho privado romano*, 7ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, pp. 549-550).

³⁶ C. LONGO, *Corso di diritto romano (parte generale; fatti giuridici - negozi giuridici - atti illeciti; parte speciale: La compra-vendita)*, Milano, [s/d], p. 231; E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, v. 2, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1967, pp. 132-133; e I. M. P. VELASCO, *Obrigações decorrentes da compra e venda consensual romana in Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 45 (1988), p. 63.

segundo a opinião comum dos juristas.³⁷

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

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

R. ZIMMERMANN afirma que não é possível saber, havendo apenas a instrução de CÍCERO,³⁸ segundo a qual a frase *uti lingua nuncupasset ita ius esto*, contida na Lei das XII Tábuas,³⁹ aplicava-se aos vícios em geral, concluindo que CÍCERO não era advogado e suas instruções, por vezes, mostram-se imprecisas.⁴⁰

Compartilha desse entendimento V. ARANGIO-RUIZ, para quem não havia responsabilidade em matéria de vícios, mesmo em relação aos prédios citados na obra ciceroniana, sustentando que CÍCERO teria cometido um equívoco ao incluir no título vícios redibitórios decisões advindas do regime das *auctoritas* ou da *actio de modo agri*.⁴¹ Todavia,

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

A experiência inglesa também sustentava que a afirmação incorreta do vendedor implicava apenas a prática de um delito (E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, v. 2, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1967, pp. 133-134).

³⁷ Cf. I. M. P. VELASCO, *Proteção do comprador no direito romano*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 32.

³⁸ CÍCERO, *De officiis*, 3, XVI-65: “[65] *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*”

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

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

³⁹ *Tabula VI Fragmentum 1. Citatio 1*: “*Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto.*” (S. A. B. MEIRA, *A lei das XII tábuas: Fonte do direito público e privado*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 152).

“Se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunhas, o que prometeu tem força de lei” (S. A. B. MEIRA, *A lei das XII tábuas: Fonte do direito público e privado*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 171).

⁴⁰ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, New York, Oxford University, 2006, p. 308.

⁴¹ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, v. II, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, pp. 353-361.

A rigor, poder-se-ia pensar na divisão de coisa comum sob a perspectiva da permuta,²⁷⁹ quando se aplicariam as normas da compra e venda e, portanto, indiscutivelmente o regime dos vícios ocultos (art. 533,²⁸⁰ CC).

Também no contrato de empreitada incide o regime jurídico dos vícios redibitórios.²⁸¹

3.1.1. Contrato de prestação de serviços

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

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

Em verdade, inicialmente, é preciso distinguir com precisão as obrigações de dar das obrigações de fazer, uma vez que, não raro, confundem-se, já que as prestações de dar supõe alguma atividade do devedor, um fazer seu.

O critério para distinguir as prestações é o da predominância de uma sobre a outra, à luz do interesse do credor.²⁸² Se o que lhe interessa é a coisa apenas, sendo irrelevante a atividade do devedor, a obrigação será de dar. Por outro lado, se a atividade do devedor é absolutamente relevante para o credor da prestação, ainda que dela advenha algum resultado material, um bem a ser entregue ao final da atividade ao credor, a obrigação será de fazer.

A dúvida surge quando a obrigação de fazer confunde-se com uma ação do devedor que, descumprindo-a ou não a cumprindo nos termos contratuais, geraria, em princípio, seu inadimplemento. Por exemplo, alguém contrata outra pessoa para encenar uma peça teatral, observando as instruções do contratante quanto a figurino, elenco, linguagem. No dia da apresentação, as instruções não são seguidas e o espetáculo é apresentado de modo diverso

autos.”). Dado os limites da presente pesquisa, mais não se aprofundará sobre o tema, evitando-se incursões em seara alheia ao objeto de pesquisa.

²⁷⁹ Sobre a incidência do regime dos vícios no contrato de permuta: O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 102; W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 37; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 374; e E. MORAIS - L. P. LEME - T. S. GOMES, *Vícios redibitórios: Escolha das ações, cálculo do abatimento e disciplina dos frutos*, in *Revista Jurídica* 449 (2015), p. 42.

²⁸⁰ “Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.”

²⁸¹ W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 67; e O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 102.

²⁸² Cf. sobre a distinção entre as obrigações de dar e de fazer, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 691-693; e O. GOMES, *Obrigações*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 46-47, entre outros.

do pretendido. Neste caso, haveria nítido inadimplemento contratual.

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

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

Assim, a análise sobre a possibilidade de incidência ou não do regime dos vícios redibitórios às obrigações de fazer é casuística, não se devendo negá-la aprioristicamente, embora só possa incidir nas obrigações em que o fazer produza uma coisa.²⁸³

3.1.2. Vício redibitório e pessoa

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

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

Na negociação entre clubes, definido o preço do passe do atleta, submetido este a exames admissionais e celebrado o ajuste, eventual lesão oculta e não detectada não permitirá a veiculação das ações edilícias, que só têm incidência sobre coisas.²⁸⁴

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

3.1.2.1. Vício redibitório e imagem da pessoa

Interessante questão que se coloca é saber se é vício redibitório aquele que incide sobre a imagem e boa fama de uma determinada pessoa e não propriamente sobre ela em si.

No mundo contemporâneo é comum marcas de alto renome buscarem atletas, atores e toda a sorte de pessoas famosas ou com alguma capacidade elevada de formar opiniões para vincular sua marca a tal pessoa, isto é, à imagem de tal pessoa. Isso porque o direito da personalidade relativo à imagem da pessoa pode ser dividido em seu aspecto moral

²⁸³ Contrariamente, afirmando a impossibilidade de incidência dos vícios redibitórios a todas as obrigações de fazer: G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), p. 277.

²⁸⁴ A. H. P. VALE, *Dos vícios redibitórios* in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 8 (1979), p. 83.

e em seu aspecto econômico.²⁸⁵

A imagem assim comercializada é inegavelmente um bem com valor econômico agregado e absolutamente negociável,²⁸⁶ ainda que, sob o aspecto moral, tal imagem componha um dos direitos da personalidade do ser humano.

Imagine-se a hipótese em que uma renomada fabricante de relógios suíços, famosa em todo o mundo como um grande construtor de relógios, vincule sua marca à figura de um famoso, promissor e competente atleta, vencedor de campeonatos mundiais inclusive. Com o fim de promover sua marca entre os praticantes do esporte em que tal atleta é o número um do *ranking*, lança um relógio especialmente fabricado para o atleta, com elementos que o tornam único.

A marca vincula seu nome ao atleta porque o mundo o tem em elevada conta, o respeita e o imita. Contudo, após a celebração do contrato de cessão do direito de uso de imagem, noticia-se na imprensa que referido atleta é usuário de narcóticos ou está envolvido em um escândalo familiar por ter agredido fisicamente sua esposa.

A imagem do referido atleta despenca em importância econômica e credibilidade.

Ora, nesta hipótese, não havendo previsão contratual que implique sua resolução culposa, poder-se-ia imaginar a incidência do regime jurídico dos vícios redibitórios não porque a pessoa possuiria um vício ou um defeito em si, mas porque sua imagem, a representação que a sociedade faz dela, sua honra objetiva foi abalada, revelando que a boa pessoa que se imaginava não existe mais ou nunca existiu.

Não há razão para afastar a incidência do regime dos vícios redibitórios *a priori*, na medida em que a imagem é bem imaterial, com valor econômico que pode ser abalado, implicando em redução de seu valor ou mesmo em sua eliminação, como no caso em que o atleta hipotético envolva-se em atos terroristas e torne-se um genocida procurado pela polícia, quando nenhuma marca desejaria ter seu nome empresarial vinculado a uma tal pessoa.

3.1.3. Negócio decorrente de hasta pública

O revogado CC/16²⁸⁷ previa expressamente a impossibilidade de reclamar-se pelos vícios redibitórios apresentados por coisa alienada em hasta pública.²⁸⁸ O CC atual nada diz sobre o tema, do que decorre, implicitamente, a sua incidência plena, não parecendo tratar-

²⁸⁵ Por todos: C. A. BITTAR, *Os direitos da personalidade*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, pp. 43-47 e 90-98.

²⁸⁶ Permitindo-o o art. 20, CC: “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

²⁸⁷ E antes dele, o projeto de A. COELHO RODRIGUES (art. 638) e de H. M. INGLEZ DE SOUZA (art. 738).

²⁸⁸ “Art. 1.106. Se a coisa foi vendida em hasta pública, não cabe a ação redibitória, nem a de pedir abatimento no preço.”

se de omissão, mas sim de rompimento proposital com o regime.²⁸⁹

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

O art. 447, CC, dispõe que a garantia contra a evicção subsiste mesmo em caso de aquisição da coisa em hasta pública.²⁹⁰ Ora, não há razão para que se afaste a incidência do regime dos vícios redibitórios das aquisições feitas em hasta pública²⁹¹.

Se o regime dos vícios objetiva manter a equivalência das prestações das partes em uma negociação paritária, evitando-se enriquecimento indevido, nada justifica a exclusão da responsabilidade pelos vícios redibitórios nas aquisições em hasta pública, quando a responsabilidade pela coisa na alienação forçada deveria ainda ser mais rigorosa, uma vez que o arrematante é terceiro de boa-fé que contribui para a efetivação do processo judicial.²⁹²

É verdade que a doutrina produzida à luz do CC/16 justificava a não incidência do regime nas compras realizadas em hasta pública porque a venda era compulsória²⁹³, o que é absurdo, já que o arrematante não era obrigado a comprar a coisa, fazia-o porque lhe interessava pagar menos em regime de leilão e mediatamente porque auxiliava a realização do direito pelo poder público, não havendo razão para não ser protegido.

Para outros, a razão era a publicidade que envolvia o ato de alienação em leilão judicial.²⁹⁴ A publicidade da execução e a chamada de compradores para a realização do direito material, por si, não legitima logicamente o afastamento da regra, se o vício é oculto por conceito.

Outros concordam que não há razão legítima para a distinção, como H. PAGE, para quem o único motivo da exceção legal, que também há no CC Bel.,²⁹⁵ é o interesse prático.²⁹⁶

²⁸⁹ A. V. AZEVEDO afirma expressamente que a omissão é um rompimento com o regime anterior, cuja limitação era ilógica (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: Curso de direito civil*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 96). No mesmo sentido, J. F. SIMÃO, *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 136-138.

²⁹⁰ “Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.”

²⁹¹ C. M. S. PEREIRA é a favor de evitar a responsabilização do devedor pelos vícios redibitórios no caso de venda em hasta pública, argumentando inclusive que o vício pode ter surgido após a perda da posse e da guarda da coisa, mas nada diz acerca do direito do adquirente de se ver resguardado contra o vício sobre o qual igualmente não tem controle (*Reformulação da ordem jurídica e outros temas*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 157-158).

²⁹² Com razão, G. P. SILVA, *Vícios redibitórios: questões polêmicas*, in *Ciência jurídica* 158 (2011), pp. 282-283.

²⁹³ O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 105.

²⁹⁴ W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil: Direito das obrigações*, v. 5, p. 2, 39ª ed., atual. C. A. D. MALUF - R. B. T. SILVA, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 72-73. Esclarecia o autor que a exceção só se justificava nas alienações compulsórias (*v.g.* alienação de bens vinculados, de bens pertencentes a interditos e a tutelados). Nas vendas públicas decorrentes da conveniência das partes, não haveria razão para incidência da exceção.

²⁹⁵ “Art. 1.649 Elle n’a pas lieu dans les ventes par autorité de justice.”

²⁹⁶ *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, t. 4, Bruxelles, Émile Bruylant, 1951, p. 201-202.

apresentado igualmente de modo exemplificativo apenas.

O art. 913º, CC Port., conceitua o vício redibitório e inclui expressamente a falta de qualidade como vício e, em seguida, o art. 914º, CC Port., confere ao comprador da coisa defeituosa o direito de exigir do vendedor a reparação dela ou, se necessário e a coisa for fungível, sua substituição. Esta obrigação não existirá “se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece.”

No regime português, o vendedor, se estiver obrigado a garantir o bom funcionamento da coisa por lei ou pela convenção, tem o dever de repará-la ou substituí-la quando necessário e a coisa for fungível, independentemente de culpa (art. 921º, 1, CC Port.). No silêncio do contrato, a garantia de funcionamento expira em seis meses, se os usos não estabelecerem prazo maior (art. 921º, 2, CC Port.). O defeito deve ser denunciado no prazo da garantia ou em até trinta dias de seu término (art. 921º, 3, CC Port.).

Voltando ao direito nacional, é possível sustentar a incidência de um regime geral de correção do vício ou a substituição da coisa, sem espanto, na medida em que o art. 947, CC, informa que a prestação será convertida em moeda, apenas e tão somente “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada”.

Ora, podendo cumpri-la na espécie ajustada, ainda que mediante a correção do objeto defeituoso, o que, no sistema, que possui normas voltadas ao cumprimento específico (do que a correção é mera consequência), o impede de fazê-lo? Não o capricho do credor, que implicaria em abuso, mas apenas a impossibilidade física, jurídica ou econômica.

A solução da Antiguidade de recumprimento da prestação ou sua correção ou a adequação do objeto dela deve ser a regra na contemporaneidade,⁷⁰⁶ não se podendo negar que no final do século XX e no século XXI a fungibilidade dos bens e dos serviços é a constante e não mais a exceção, não se referindo apenas a coisas genéricas, mas à toda sorte de bens cuja produção é massiva na sociedade contemporânea, o que torna necessário mudar a perspectiva de tratamento do instituto milenar para adequá-lo, *rectius*, limitá-lo a um campo de incidência reduzido ou subsidiário, preferindo-se sempre a preservação do negócio jurídico, a correção ou a substituição da prestação e de seu objeto, para só então, como última possibilidade, o credor poder valer-se da ação estimatória ou redibitória.⁷⁰⁷

Assim, atento à norma geral do art. 947, CC, e das possibilidades pontuais de correção contidas no CC e na Lei de Locações de Imóveis Urbanos; e seguindo a lógica do CDC e da CISG, bem como da legislação processual brasileira, espelhando-se ainda nos princípios internacionais mencionados e também em ordenamentos jurídicos estrangeiros, sempre tendo em mente a harmonização dos sistemas jurídicos como exigência da globalização econômica, a seção V (Dos Vícios Redibitórios), do título V (Dos Contratos em Geral), do capítulo I (Disposições Gerais), do livro I (Do Direito Das Obrigações) da parte especial do CC, composto pelos artigos 441 a 446, deveria ser alterada, mordenizando-se-a.

A modificação deveria contemplar a possibilidade genérica de sanção do defeito, nem que para isso fosse necessária a substituição da coisa ou de partes dela, assegurando-

⁷⁰⁶ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 1.060-1.061.

⁷⁰⁷ R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations, historical and comparative perspectives*, New York, Oxford University, 2010, pp. 101 e 104-106.

se ao alienante o direito de corrigi-la antes de ser possível ao credor desfazer o negócio, suportando os custos para tanto, além das perdas e danos, se o caso.

Não sendo possível a correção do defeito, aí sim se deve franquear as ações edilícias e não antes, garantindo-se a preservação do contrato, tal qual desejaram as partes, mesmo em um recumprimento, em um verdadeiro direito de corrigir o objeto da prestação.

À luz das considerações lançadas nesta pesquisa, sugere-se a seguinte proposta de alteração legislativa, em cotejo com a atual redação do CC:

Proposta de alteração legislativa	Código Civil
Art. 441. Sempre que, em um contrato comutativo, o objeto da prestação padecer de vício ou defeito oculto que lhe desvalorize, impeça a realização do fim a que é destinado, não tenha as qualidades asseguradas pelo alienante ou as qualidades necessárias para a realização de sua finalidade, observar-se-á o disposto nesta seção.	Sem correspondente
§1º Quando não houver no contrato indicação da finalidade para a qual a coisa é negociada, observar-se-á a função natural das coisas da mesma espécie e os usos do local em que celebrado o negócio.	Sem correspondente
§2º Aplica-se o disposto nesta Seção a todos os contratos comutativos destinados à transferência do domínio, da posse ou do uso, respeitadas regras específicas de modelos contratuais próprios ou de regimes jurídicos especiais.	Sem correspondente
§3º Incluem-se entre os contratos que permitem o exercício das competências indicadas nesta Seção as doações onerosas, a integralização de capital social, a locação, a dação em pagamento e a divisão de coisa comum consensual.	Art. 441. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.
§4º Considera-se vício ou defeito de qualidade, para os fins do caput deste artigo, aqueles que digam respeito à quantidade ou à medida, à forma de acondicionamento e à divergência com as amostras ou os modelos nos quais se basearam.	Sem correspondente