

O CONTRATO ESTIMATÓRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ORIGENS E APLICABILIDADE

CONSIGNMENT CONTRACT IN THE CIVIL CODE OF 2002: ORIGINS AND APPLICABILITY

Thiago Reis Augusto Rigamonti*
Gustavo Henrique de Oliveira**

Como citar: RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O contrato estimatório no Código Civil de 2002: origens e aplicabilidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 122-144, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p122. ISSN: 2178-8189.

*Doutorando em Direito Administrativo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Mestre em Direito (Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP). Especialista em Direito Administrativo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Especialista em Direito Tributário (Faculdade Damásio de Jesus, DAMASIO/SP). Graduado em Direito (Centro Universitário Padre Anchieta, UNIANCHIETA/SP). E-mail: thiago.rigamonti@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9535-8296>

** Doutor em Direito Civil (Universidade de São Paulo, USP/SP). Mestre em Direito Civil (Universidade de São Paulo, USP/SP). Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas (Pontifícia Universidade Católica de Campinas, PUC/SP). E-mail: gholiveira38@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9400-902X>

Resumo: A pesquisa tem por objeto analisar o Contrato Estimatório à luz do Código Civil Brasileiro de 2002, demonstrando seu espectro de abrangência e sua utilidade no âmbito do Direito Obrigacional. Entre as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 em relação ao seu antecessor de 1916, além da própria tipificação do contrato estimatório, extraem-se, especialmente, aquelas atinentes às características de referida espécie contratual quanto ao seu objeto e natureza jurídica, responsabilidade civil na hipótese de inadimplemento, reflexos da relação jurídica firmada com o adquirente da coisa posta sob consignação, desmembramento da propriedade mediante limitação, ainda que temporária, da possibilidade de disposição da coisa pelo consignante e os reflexos do descumprimento de referida restrição. Conclui que o Contrato Estimatório, previsto no Código Civil de 2002, embora não tenha sido tipificado no Código Civil de 1916, já possuía ampla e franca aplicabilidade no Direito Brasileiro e a sua previsão expressa, hodiernamente, trouxe segurança jurídica para o instituto. O método utilizado é o hermenêutico, decorrente da análise da legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Contratos. Contrato estimatório. Boa-fé. Responsabilidade civil.

Abstract: The research aims to analyze the Consignment Contract in the light of the Brazilian Civil Code of 2002, demonstrating its scope and its usefulness in the field of Obligatory Law. Among the innovations brought by the Civil Code of 2002 in relation to its predecessor in 1916, in addition to the typification of the

consignment contract itself, those relating to the characteristics of the said contract regarding its object and legal nature, civil liability in the event of default, reflexes of the legal relationship signed with the acquirer of the thing placed on consignment, dismemberment of the property by limiting, even if temporary, the possibility of disposing of the thing by the consignor and the consequences of non-compliance with said restriction. It concludes that the Consignment Contract, established in the 2002 Civil Code, although not typified in the 1916 Civil Code, already had wide and frank applicability in Brazilian Law and its express provision, nowadays, has brought legal security to the institute. The method used is the hermeneutic, arising from the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Contracts. Consignment contract. Good faith. Civil liability.

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, nada obstante manter uma organização muito semelhante ao seu antecessor de 1916 - como desejado pela comissão elaboradora do nosso atual diploma privado -, trouxe algumas inovações relevantes, muitas delas exteriorizadas por meio de institutos jurídicos consagrados no Direito Comparado que, influenciando o Direito Privado Brasileiro, foram perfilhados em textos normativos específicos.

Embora conte com mais de 18 anos de vigência, a sociedade brasileira ainda tenta assimilar as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, que por vezes tem merecido aplausos por parte da doutrina e tem sido, em outras oportunidades, objeto de diversas críticas.

É imperioso reconhecer que na Parte Geral do Direito das Obrigações, entre os artigos 233 a 420, do Livro 1 da Parte Especial, não foram muitas alterações engendradas pelo legislador por meio do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02).

Nada obstante, a partir do artigo 421¹ do Código Reale, é possível vislumbrar uma mudança relevante na legislação privada, pois percebe-se de início a consagração do princípio da função social do contrato, previsto nesse texto normativo que é pioneiro nos sistemas jurídicos de direito privado ocidental.

Vale dizer, não se verifica em nenhum outro código civil a adoção da cláusula geral da função social do contrato como limitadora da autonomia privada, apresentada, esta, na forma de liberdade contratual, como previsto no dispositivo em debate.

Consigne-se que o artigo 422² do CC prossegue com as novidades e perfilha o princípio da boa-fé objetiva, em sua função integrativa, sob a influência do artigo 1.337³ do Código Civil italiano, onde se verifica, neste diploma normativo, que as partes, no desenvolvimento das tratativas e na conclusão do contrato devem comportar-se de acordo com os preceitos da boa-fé objetiva, o que mostra o espírito do nosso Código Civil de 2002 de privilegiar a ética nas relações jurídicas. A eticidade e a socialidade, ao lado da operabilidade, inclusive, são reportadas como princípios nucleares do diploma civil de 2002.

O contrato estimatório também representa uma das inovações do Código Reale.

O legislador de 2002, influenciado pelo sistema italiano, foi buscar, entre os artigos 1556 a 1558 do Código Civil da Itália, o regime jurídico a ser adotado no contrato estimatório, que se insere no seio das novidades positivadas no nosso Código Privado, entre os artigos 534 a 537.

Outros países da América também positivaram em seus sistemas normativos essa figura, por vezes, com outra designação conforme será mais bem explorado no decorrer deste trabalho.

Assim, a pesquisa tem por objetivo, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, tratar de aspectos polêmicos atinentes ao contrato estimatório, demonstrando sua abrangência e sua utilidade dentro do campo do Direito Obrigacional.

1 Art. 421. “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

2 Art.422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

3 “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.”

A título de problema, a perfazer o objeto-alvo da pesquisa, estipula-se a localização precisa da ótima exegese extraível do ordenamento jurídico quanto (a) à responsabilidade civil do consignatário pela perda ou deterioração da coisa, haja vista o rompimento dos padrões do Código Civil quanto à responsabilidade civil contratual subjetiva e à perda do bem para o seu dono, (b) regime de obrigação, ou não, de exposição dos bens consignados para a venda e (c) plano afetado pelo eventual negócio jurídico de disposição do bem pelo consignante, se o de sua validade (e então, se a invalidade seria absoluta ou relativa) ou da eficácia do ato de disposição da coisa objeto do contrato estimatório.

No tocante à estrutura, de início será feita uma análise conceitual do instituto, em especial seu contexto histórico e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida será verificada a questão atinente às obrigações do consignatário e a influência do direito comparado em nosso sistema jurídico. Por fim, faremos uma análise acerca do poder de disposição do consignante durante a vigência do contrato.

Para estabelecer os parâmetros de pesquisa, adotou-se o método hermenêutico, decorrente da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, inclusive do direito comparado.

Tem-se, a indicar a relevância da pesquisa, que o contrato estimatório previsto no Código Civil de 2002, embora seja uma novidade em relação ao Código Civil de 1916, é uma realidade no País, pois que atende à uma finalidade negocial específica, inconfundível com os demais contratos em espécie previstos antes do Código Civil de 2002, daí já ser objeto de estudo – e de polêmicas –, ainda que dantes celebrado “apenas” sob a alcunha da autonomia privada das partes contratantes sem se submeter, então, a regime normativo especial e próprio.

1 ANÁLISE CONCEITUAL E ESCORÇO HISTÓRICO DO CONTRATO ESTIMATÓRIO

Instituto inserido no contexto do direito das obrigações, o contrato tem a natureza jurídica de negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Fincado no ramo dos direitos patrimoniais, como direito pessoal/obrigacional, o contrato, por gerar obrigação ou obrigações entre as partes, revela-se como um vínculo jurídico transitório, que confere ao credor a possibilidade de exigir do devedor uma determinada prestação de dar, fazer ou não fazer.

Como negócio jurídico, é relevante salientar que o poder conferido pelo sistema à manifestação de vontade da pessoa é bem mais extenso, se comparado com o ato jurídico em sentido estrito, de maneira a permitir que as partes envolvidas no contrato tenham maior liberdade de atuação para determinar o conteúdo e as consequências da manifestação de suas vontades. “No negócio jurídico a vontade caracteriza-se por sua finalidade específica, que é a gênese, modificação ou extinção de direitos” (AMARAL, 2018, p. 467). Essa, a nosso ver, a grande diferença entre ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico, visto que o primeiro não detém a denominada vontade qualificada, limitando-se à adoção de um meio para o qual o fim já está predeterminado na norma (como a emissão de um recibo, envio de uma notificação, etc.) (GONÇALVES, 2012,

p. 318).

O contrato estimatório, também denominado de contrato de vendas em consignação, pode ser conceituado, nesse sentido, como o acordo de vontades estabelecido entre consignante (*Tradens*) e consignatário (*Accipiens*), por meio do qual aquele transfere a este a posse direta de um bem móvel juntamente com o poder de disposição, para que o consignatário, durante um determinado lapso de tempo possa vendê-lo ou realizar qualquer outro ato de alienação do bem, se não preferir ficar com a coisa, pagando o preço estimado pelo consignante ou, até, devolvê-la.

É do regime jurídico do referido negócio jurídico bilateral que, se ao final do prazo estipulado entre consignante e consignatário, o bem não for vendido e este último não quiser adquiri-lo, deverá devolvê-lo ao consignante (DONDELLI, 2007, p. 5).

Nesses termos, dispõe o enunciado n. 32, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, no ano de 2002, que: “No contrato estimatório (art. 534) o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado” (BRASIL, 2002a).

O *nomem iuris* reflete a essência dessa espécie contratual, uma vez que o *accipiens* se obriga a pagar o preço estimado pelo *tradens*, podendo auferir o lucro com o sobrepreço que obtiver.

Caso não tenha sido estabelecido um prazo para o cumprimento do contrato, deverá o consignante interpelar o consignatário para que restitua o bem ou pague o preço estipulado (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 721).

Nada obstante ter sido aceito pela doutrina brasileira e ser tratado pelo Código Civil italiano, o contrato estimatório somente veio a ser positivado em nosso direito como contrato típico no Código Civil de 2002 (DONDELLI, 2007, p. 3), entre os arts. 534 a 537 (PEREIRA, 2020, p. 194).

Amplamente utilizado nas práticas modernas, não era, no entanto, ignorado no Direito Romano, que lhe faz referência pelo menos em duas passagens de Ulpiano: uma no *Digesto*, Livro 19, Tít. III, fr. 1, ao mencionar a ação cabível na hipótese de uma coisa ser dada para vender (*quum res aestimata vendenda datur*), e outra (*Digesto*, Livro 19, Tít. V, fr. 13) que trata precisamente do caso de se conferir a outrem uma coisa para vender por preço certo (*Si tibi rem vendendam certo proetio dedissem, ut, quo plures vendidisses, tibi haberes...*) (PEREIRA, 2020, p. 194).

Nesse sentido, do trecho de Ulpiano (D’ORS, 2000, p. 62-63) se extrai o seguinte:

“D. 19, 3, 1 pr.-1: (pr.) Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; es enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent quae in bonae fidei iudiciis diximus. (1.)

Aestimatio autem periculum facit eius qui susceperit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit. ([pr.]”⁴

José Carlos Moreira Alves (2007) assevera não ser possível conhecer a disciplina do contrato estimatório no direito clássico, em razão do estado em que se encontram as fontes sobre a *aestimatum*. “Na época de Justiniano, o *aestimatum* – de grande utilização na prática – está enquadrado entre os contratos inominados” (ALVES, 2007, p. 548).

Sebastião Soares de Faria (1941) já observava, antes mesmo da codificação atual, mas à luz da já consolidação do contrato estimatório na realidade jurídico-comercial diante da especificidade de sua destinação, que no Direito Romano as divergências da natureza jurídica do negócio em apreço não lhe permitiam a identificação com os contratos nominados, não obstante tenha se adotado ação específica (*praescriptis verbis*) para ampará-lo, uma vez que não era convenção assimilável à venda, à locação ou ao mandato (FARIA, 1941, p. 384-385).

Nas lições de Paulo Nader (2018), no mesmo sentido, é no Direito Romano que está a sua origem, onde figurava como contrato atípico, *facio ut des* (faço se deres) ou então *facio ut facias* (faço se fizeres) e a sua natureza era discutida, porquanto se assemelhava à venda, ao mandato, à sociedade e à locação (NADER, 2018, p. 246).

Paulo Nader (2018) também observa que não há em nenhuma fonte no Direito Romano a menção de que o contrato estimatório se limitasse aos bens móveis, sendo que a expressão “*rem ipsam incorruptam reddere*”, constante no Digesto, traz a ideia de que se poderia falar em bens imóveis como objeto do contrato estimatório (NADER, 2018, p. 246).

Nada obstante, o Código Civil é claro ao excluir os bens imóveis dessa espécie contratual aduzindo, em seu artigo 534 que, no “contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada” (BRASIL, 2002b).

Reconhece-se como causa da exclusão dos bens imóveis dentro do espectro do contrato estimatório o caráter solene que condiciona a transferência do direito de propriedade destes (DONDELLI, 2007, p. 6), incompatível com o caráter aleatório do contrato estimatório (que apenas resultará em transferência de propriedade se o bem for vendido ou apropriado pelo *accipiens*, ao invés de devolvido ao *tradens*).

Alejandro D. Dabah (2014) assevera que a menção mais pretérita acerca do contrato estimatório é verificada no Título III, Livro XIX do Digesto que, sobre a rubrica de “*aestimatum*”, aduz que é o contrato pelo qual “una persona (*tradens*) entrega a otra (*accipiens*) una cosa para que esta última la venda y entregue el precio estimado (de ahí la designación de *aestimatum*) o

4 Tradução livre a partir da versão espanhola fornecida pelo autor: “A ‘ação estimativa’ é proposta para dirimir uma dúvida. Porque se duvidou muito, quando uma coisa está avaliada para ser vendida, se haverá a ‘ação do vendido’ por causa da avaliação (estimativa), ou a ‘ação do locado’, como se fosse considerado que Eu tinha dado a coisa no local para ser vendida, ou a ‘ação de condução’, como se tivesse contratado serviços de locação, ou a ‘ação de mandato’. E assim, pareceu melhor propor esta ação (*actio de aestimatio*), pois sempre que houver dúvida sobre o nome de um contrato, mas é acordado que alguma ação seja tomada, a ‘ação estimatoria *praescriptis verbis*’: porque foi feito um negócio civil, e certamente de boa fé, pelo qual também neste caso tudo o que dissermos a respeito dos ‘julgamentos de boa fé’ se realiza. Mas a estimação acarreta o risco da perda de quem tomou a coisa ao seu cargo; assim, então, ou deve devolver a mesma coisa sem prejuízo, ou o orçamento que foi acertado.”

devuelva la cosa intacta en caso de no producirse la venta” (DABAH, 2014, p. 274).

Teixeira de Freitas, no Brasil, já havia estabelecido a sua disciplina, do que denominou de “venda com cláusula estimatória”, no Esboço (arts. 2.105- 2.108) (GARBI, 2018, p.74). O Projeto de Código de Obrigações, capitaneado por Orosimbo Nonato, do qual tiveram participação Caio Mário da Silva Pereira, Theofilo de Azevedo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros, apresentado em 1965, reservava dois dispositivos ao contrato estimatório, com base na lei italiana (GARBI, 2018, p.74).

Essa espécie contratual é muito utilizada na relação entre editoras e livrarias, no comércio de joias, máquinas, periódicos, obras de arte e automóveis.

A doutrina, de uma maneira geral, procura comparar esse contrato com outros tipos contratuais, tais como a compra e venda e comissão (GOMES, 2019, p. 234). Para Orlando Gomes (2019), devem ser aplicadas, no que couber, ao contrato estimatório, as regras da compra e venda (GOMES, 2019, p. 234).

César Fiuza (2015) assevera ter o contrato estimatório uma característica mista, pois seria uma mescla entre o contrato de compra e venda e o de depósito (FIUZA, 2015, p. 670).

Carlos Roberto Gonçalves (2020), para sintetizar essa discussão, aduz que:

A venda por consignação não configura uma compra e venda, visto não acarretar o dever de pagar o preço por permitir a devolução da coisa. Também não constitui depósito, por ser essa devolução uma opção. Embora se aproxime do mandato, também não se amolda perfeitamente a esta figura contratual, tendo em vista que, se a venda alcançar excesso de preço, a parte excedente poderá ficar retida, o que seria inadmissível no mandato (GONÇALVES, 2020, p. 292).

Na verdade, essa tentativa de enquadrar o contrato estimatório em outras espécies contratuais semelhantes perdeu a relevância, porquanto o CC/2002 o tipificou como contrato autônomo, com o seu regime jurídico bem delineado pelo legislador (GONÇALVES, 2020, p. 292).

O negócio jurídico em debate, para a maioria da doutrina, se trata de um contrato real e comutativo. César Fiuza (2015) menciona, contudo, que essa espécie contratual “em princípio, é consensual, valendo qualquer que seja a sua forma” e aduz, ainda, ser ele aleatório (FIUZA, 2015, p. 670).

Definitivo, típico, real (forma-se pela entrega da coisa), bilateral ou sinalagmático, oneroso ou gratuito (conforme haja o pagamento do preço ou a devolução da coisa) e aleatório (ainda que haja um benefício mínimo ao *tradens*, não se sabe, via de regra, o valor do lucro a ser obtido pelo *accipiens*) são as características anotadas por Luís Vicente Dondelli (2007, p. 5).

No que tange à circunstância de se afirmar ser consensual o contrato estimatório, a dificuldade em se defender esse entendimento é o fato de que o próprio artigo 534 do Código Civil fala em entrega de bem móvel, o que revela ser um contrato que se aperfeiçoa com a tradição da coisa, portanto, uma das poucas espécies de contrato real tipificadas em nosso sistema. Por outro

lado, com relação à assertiva de que o contrato estimatório seria aleatório, de fato, os autores referidos acima têm razão.

Essa ideia é a que melhor se amolda ao escopo jurídico e socioeconômico do contrato estimatório, uma vez que no contrato comutativo existe a certeza quanto à existência e extensão das prestações envolvidas. Sabe-se de antemão quais são as consequências necessariamente advindas a partir da celebração do contrato. Prestação e contraprestação são predeterminadas.

E isso, na realidade, não ocorre no contrato estimatório, porquanto o consignante não consegue prever, com o aperfeiçoamento do contrato, se ao final terá o bem de volta ou o preço estimado, cuja escolha depende do consignatário, que recebe o poder de disposição da coisa. Tampouco sabe o *accipiens*, ao certo, qual o valor do lucro que terá, se é que o terá.

Nesse sentido, o *accipiens* adquire, em vista do contrato, uma obrigação alternativa, conforme proclama boa parte da doutrina (TARTUCE, 2020, p. 387).

A respeito disso, Flávio Tartuce (2020) relata a existência de divergência doutrinária acerca de o contrato estimatório constituir uma obrigação alternativa ou facultativa ao consignatário (TARTUCE, 2020, p. 387).

Flávio Tartuce (2020), após identificar os dois grupos de doutrinadores, um defendendo a tese de que o contrato estimatório determinaria uma obrigação alternativa ao consignatário e outro advogando o entendimento de que a obrigação seria facultativa, conclui dizendo que, pela leitura dos artigos 536⁵ e 537⁶ do CC, é possível concluir que a obrigação do consignatário é alternativa, uma vez que o consignante não perde a propriedade do bem com a celebração do contrato, haja vista o disposto no referido artigo 536 do Código Reale, sofrendo limitação apenas quanto ao seu poder de disposição, como determina o artigo 537 (TARTUCE, 2020, p. 387). Nesse sentido, afirma:

Diante desses dois dispositivos, percebe-se que a obrigação do consignatário só pode ser alternativa, justamente diante dessa transmissão temporária do domínio. Tanto isso é verdade que, findo o prazo do contrato, o consignante terá duas opções: *a)* cobrar o preço de estima *ou b)* ingressar com ação de reintegração de posse para reaver os bens cedidos. A possibilidade de propositura da ação possessória decorre da própria natureza da obrigação assumida e também do fato de o consignante, que ainda não recebeu o preço, ser o proprietário do bem (TARTUCE, 2020, p. 387).

A obrigação facultativa é estudada pela doutrina brasileira, no contexto das obrigações complexas pela multiplicidade de objetos, quando se estuda a obrigação alternativa. Não tem previsão expressa em nossa legislação, diferentemente daquilo que ocorre na Argentina, onde se verifica que em seu *Código Civil y Comercial* encontra-se tipificada, entre os artigos 786 e 789.

Na obrigação facultativa, o devedor deve o bem principal, mas pode adimplir a obrigação

5 *In verbis*: “Art. 536. A coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou seqüestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço.”

6 *In verbis*: “Art. 537. O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição.”

entregando o bem acessório.

O caráter facultativo não se refere à prestação devida, mas à possibilidade que tem o devedor de substituí-la por outra determinada anteriormente no título da obrigação. Ou seja, se confere ao devedor a possibilidade de substituir a prestação principal por outra idônea ao adimplemento, indicada no momento de constituir-se a dívida (CAIA, 2015, p. 80).

Na obrigação facultativa a escolha é apenas do devedor, não se consolidando (compulsoriamente) a obrigação no objeto facultativo sequer face ao perecimento do objeto principal. A obrigação é simples sob a ótica do credor e alternativa apenas ao devedor (GONÇALVES, 2014, p. 108).

Assim, uma vez que pode o consignatário escolher entre pagar o preço ou devolver o bem e o consignante continua proprietário da coisa mesmo após a celebração desse negócio jurídico, forçoso é convir que a obrigação do *accipiens* é alternativa e não facultativa, principalmente porque não se consegue determinar, nessa situação, qual seria o bem principal que, caso perecido, ocasionaria a extinção da obrigação, como é da natureza das obrigações facultativas. O contrato estimatório se revela, então, como de dois objetos possíveis e exigíveis, tanto sob o ponto de vista do consignante (*tradens*), como do consignatário (*accipiens*), ainda que a escolha seja deste último, caracterizando-se, em que pese a divergência, como alternativo (e não facultativo).

O STJ já concluiu dessa forma, em julgado de 2005 (BRASIL, STJ, 2005). Senão vejamos:

Direito comercial. Falência. Pedido de restituição de dinheiro. Alienação de mercadorias recebidas em consignação antes da quebra. Contabilização indevida pela falida do valor equivalente às mercadorias. Dever da massa restituir ou as mercadorias ou o equivalente em dinheiro. Súmula 417 do STF. O que caracteriza o contrato de venda em consignação, também denominado pela doutrina e pelo atual Código Civil (arts. 534 a 537) de contrato estimatório, é que (i) a propriedade da coisa entregue para venda não é transferida ao consignatário e que, após recebida a coisa, o consignatário assume uma obrigação alternativa de restituir a coisa ou pagar o preço dela ao consignante. Os riscos são do consignatário, que suporta a perda ou deterioração da coisa, não se exonerando da obrigação de pagar o preço, ainda que a restituição se impossibilite sem culpa sua. Se o consignatário vendeu as mercadorias entregues antes da decretação da sua falência e recebeu o dinheiro da venda, inclusive contabilizando-o indevidamente, deve devolver o valor devidamente corrigido ao consignante. Incidência da Súmula 417 do STF. A arrecadação da coisa não é fator de obstaculização do pedido de restituição em dinheiro quando a alienação da mercadoria é feita pelo comerciante anteriormente à decretação da sua quebra. Recurso especial ao qual se nega provimento (BRASIL, STJ, 2005).

O objeto dessa específica figura negocial, caso perecido ou deteriorado impõe o dever ao consignatário de pagar o preço, independentemente de culpa, nos termos do artigo 535 do Código Civil. O preço, por ser dinheiro, não perece (*genus nunquam perit*).

2 DAS OBRIGAÇÕES DO CONSIGNATÁRIO E A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO

Em decorrência da celebração do contrato estimatório - notadamente pelo fato de qualquer contrato criar obrigação ou obrigações para as partes - alguns deveres são indubitavelmente impostos ao consignatário e, caso descumpridos, conferem ao consignante a possibilidade de exigir-lhes o cumprimento ou extinguir (resolução) o contrato.

Conforme referido no capítulo anterior, a responsabilidade do consignatário, pelo perecimento ou deterioração da coisa é objetiva.

De acordo com o estabelecido, o consignatário corre os riscos do perecimento do bem, ainda que por caso fortuito ou força maior, o que demonstra a quebra do princípio de “res perit domino”, de que o bem, ante a impossibilidade da devolução, perece para o dono, que no caso, seria o consignante.

Assim, no momento da entrega do bem e conseqüente celebração do contrato estimatório, o *tradens* apenas transfere ao consignatário o poder de disposição da coisa, uma vez que mantém a propriedade do bem (DABAH, 2014, p. 281).

Na opinião de Álvaro Villaça Azevedo (2019), nada justificaria o rompimento desse milenar princípio (de que a coisa perece para o dono), que encontra fundamento no Código de Hamurabi e que estrutura todo o nosso direito obrigacional (AZEVEDO, 2019, p. 132-133). O modelo perfilhado pelo Código Reale foi o Código Civil italiano (arts. 1.556 a 1.558). Este Código, no art. 1.557, também rompe com o preceito de que a coisa perece para o dono (*res perit domino*), na hipótese de impossibilidade de restituição do bem, mesmo que sem culpa do consignatário.

Consigne-se que a questão sobre quem deve suportar a perda da coisa ainda que por caso fortuito é um dos principais problemas verificados na “aestimatum”, razão pela qual, talvez, encontremos divergências em algumas legislações hodiernas sobre o tema.

Isso pode ser percebido por meio da leitura de alguns fragmentos do Digesto, em que se percebe uma confusão acerca da imposição da responsabilidade do consignatário pela perda ou deterioração da coisa.

Em D.19,3,1,1 Ulpiano assevera que a estimação ocasiona o risco pela perda daquele que tomou a seu cargo a coisa, ou seja, o *accipiens*; assim, pois, ou deverá devolver a mesma coisa ou a estima que se concordou (D’ORS, 2000, p. 62-63). Senão vejamos: “Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit”.

Em outro trecho do Digesto, em 19, 5, 17, 1, Ulpiano expõe:

“Si Margarita tibi aestimata. dederō ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem es hac causa utique erit praescriptis verbis.”

Na tradução: Se eu houvesse dado umas pérolas estimadas, para que logo me devolvessem as mesmas ou o preço delas e depois, antes de vendê-las, fossem perdidas; de quem seria a perda? E disse Labeão, o que escreveu Pompeu, que se verdadeiramente eu como vendedor foi quem pediu, a perda é minha; porém se você quem me pediu, a perda é sua; e que se nenhum de nós criamos o risco, apenas consentimos, você se obriga unicamente a responder por dolo e por culpa (*accipiens*). Porém a ação por esta causa será certamente a *actio praescriptis verbis* (D'ORS, 2000, p. 58-59).

Nesse trecho (D19, 5, 17, 1), diferentemente do anterior, a responsabilidade do *accipiens* depende de culpa.

Diante disso, verifica-se uma divergência no Digesto acerca da responsabilidade pela perda da coisa quando celebrado o contrato estimatório, que pode ter provocado reflexo nos sistemas jurídicos da atualidade, conforme será demonstrado.

O artigo 535⁷, do nosso Código Civil de 2002, ao aduzir que a impossibilidade de restituição da coisa, mesmo que por fato não imputável ao consignatário, não o exonera do dever de pagar o preço, sinaliza que a responsabilidade dele é objetiva agravada, vale dizer, independente de culpa, na modalidade do risco integral, incidente ainda que decorrente de caso fortuito ou força maior (ROSENVALD, 2018, p. 565).

De fato, ao asseverar que o consignatário responde mesmo que por fato a ele não imputável, o Código Civil brasileiro segue novamente o *Codice Civile*, em seu artigo 1.557⁸ e afasta duas regras gerais proclamadas por nosso sistema. A primeira é a constante do artigo 392⁹ do Código Reale, que consagra a regra da responsabilidade subjetiva dos contratantes nos contratos onerosos.

A segunda é o preceito de que na obrigação de dar coisa certa, na modalidade da restituição, caso pereça ou deteriore o bem sem culpa do devedor, a regra é de que a coisa pereça para o dono (*res perit domino*), nos termos dos artigos 238¹⁰ e 240¹¹ do Código Civil de 2002, o que não ocorre, nessa modalidade contratual em debate pois, como outra exceção, vigora o princípio do *res perit debitoris*.

Não é por demais afirmar, ainda, que o sistema civilista, quando adota a responsabilidade independentemente de culpa, o faz perfilhando a modalidade da responsabilidade objetiva seguindo a teoria do risco criado ou do risco proveito, o que permite a alegação por parte do agente lesivo das causas excludentes do nexos de causalidade para afastar o seu dever de indenizar.

Contudo, na hipótese do retratado pelo artigo 535 do Código Civil, caso ocorra o evento danoso, não poderá o consignatário alegar nenhuma das causas excludentes do nexos de causalidade, tais como, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva de terceiro, podendo apenas demonstrar

7 *In verbis*: “Art. 535. O consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável.”

8 *In verbis*: “Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall’obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile.”

9 *In verbis*: “Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.”

10 *In verbis*: “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.”

11 *In verbis*: Art. 240. Se 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.

a culpa exclusiva da vítima (GARBI, 2018, p. 83), o que evidencia que esse dispositivo utilizou a teoria da responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral.

Nesse sentido, os julgados do TJSP de 2010 e de 2018:

Contrato verbal estimatório. Ação de cobrança do preço. Motocicleta. Ocorrência de roubo. Responsabilidade do consignatário pela perda da coisa, ainda que em caso fortuito ou força maior. Inteligência do art. 535 do CC/2002. (ESTADO DE SÃO PAULO, TJSP, 2010a).

EMENTA: Bem móvel. Contrato estimatório. Ação indenizatória. Procedência. Preliminares afastadas. Veículo entregue pela autora à ré em consignação para venda. Perecimento do bem por culpa do sócio da consignatária, que se envolveu em acidente quando o utilizava sem autorização da consignante, resultando em perda total. Indenização securitária que ressarciu apenas parte do valor do veículo. Responsabilidade da consignatária pelo pagamento da diferença, por força do art. 535 do CC. Circunstâncias fáticas alegadas pela apelante que não se mostram suficientes a isentá-la de sua obrigação legal. Indenização devida. Honorários contratuais que não podem ser reclamados pela parte. Precedentes jurisprudenciais. Julgamento “extra petita” em relação aos danos morais. Recurso provido em parte

(...) Acrescente-se que, embora o ajuste em questão não tenha o escopo de transferir a propriedade do bem consignado, recaem sobre o consignatário os riscos da coisa. Nos termos do art. 535 do Código Civil, “O consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável”.

Consoante anotam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, “Embora o contrato estimatório não tenha o condão de criar para o consignante a obrigação de transferir a propriedade da coisa ao consignatário, os riscos da coisa (i.e., o ônus de suportar deterioração ou perecimento provocados por caso fortuito ou força maior) recaem sobre este, excepcionando a regra geral *«res perit domino»*. Da mesma forma, se a perda ou deterioração forem imputáveis a terceiro, caberá ao consignatário buscar a reparação devida, mas é ele o consignatário quem irá responder perante o consignante, via pagamento pelo preço ajustado” (Código Civil Interpretado, vol. II, pag. 209). Diante de tais considerações, a condenação da consignatária em ressarcir a consignante pelos prejuízos decorrentes da perda do veículo a ela confiado é medida de rigor. (ESTADO DE SÃO PAULO, TJSP, 2018).

O Código de Comércio de El Salvador, em seu artigo 1051, I, seguindo o sistema italiano, também impõe a responsabilidade objetiva ao consignatário, na hipótese de impossibilidade de restituição do bem, ao afirmar que o “consignatario está obligado a pagar el precio de lo recibido, cuando no devuelva las cosas, aun en el caso de que la devolución se vuelva imposible por causas que no le sean imputables.”

O Código Comercial de Guatemala e o de Honduras, nos artigos 713, 1º e 826, I, respectivamente, também estipulam a responsabilidade objetiva do consignatário, por influência do sistema italiano.

O sistema colombiano, de forma diversa, no artigo 1378¹² do seu Código Comercial (*Código de Comercio de la República de Colombia*), estabelece expressamente a responsabilidade subjetiva do consignatário pela perda ou deterioração da coisa e permite, por conseguinte, salvo estipulação em contrário dos contratantes, o afastamento do dever de indenizar do *accipiens* sob a alegação de força maior.

O Código Comercial mexicano, em seu artigo 393,¹³ por seu turno, aduz que ao celebrar o contrato de consignação mercantil (contrato estimatório), o consignatário assume os riscos do bem, podendo, nada obstante, alegar a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Dessa forma, é possível verificar que alguns países impõem a responsabilidade objetiva ao consignatário e outros preferem a responsabilidade subjetiva, o que nos lembra a celeuma encontrada no Digesto, conforme acima narrado.

Consigne-se que a responsabilidade pelo não pagamento do bem, na hipótese de venda da coisa a terceiro pelo consignatário é deste último, baseado nesse artigo 535 do Código Civil.

Destarte, o *accipiens*, na hipótese de ter vendido o bem objeto do contrato estimatório e não ter recebido o preço pelo adquirente, deve pagar o preço estimado ao consignante e adotar as providências jurídicas cabíveis em face do adquirente, não podendo esquivar-se de sua obrigação assumida perante o consignante, com fundamento no não pagamento do preço por parte do terceiro adquirente do bem (ROSENVALD, 2018, p. 565).

Do Tribunal de Justiça de São Paulo, extrai-se o elucidativo julgado:

Contrato estimatório. Venda de automóvel em consignação. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Pretensão deduzida em face do terceiro adquirente. Descabimento. Cobrança que deveria ser voltada em face do consignatário. Loja de automóveis. Relação jurídica que não alcança o terceiro. Loja responsável pela venda que tem a obrigação de repassar o preço estimado ao consignante. (ESTADO DE SÃO PAULO, TJSP, 2010).

Igualmente incabível - assim tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecido, com acerto – que o consignante busque reivindicar o domínio perante o terceiro adquirente, na hipótese de inadimplemento quanto ao pagamento do preço pelo *accipiens* (consignatário):

EMENTA: Agravo de Instrumento. Bem móvel (automóvel). Ação declaratória. Decisão recorrida deferiu, em sede de antecipação de tutela, inaudita altera parte, a restituição imediata pela agravante, de automóvel que a parte agravada havia entregue à revendedora de veículos corré em consignação, para venda. Irresignação - Os elementos de convicção constantes dos autos de origem indicam que a revendedora consignatária vendeu o veículo a ela entregue pela

12 Art. 1378: “Salvo estipulación distinta, el consignatario es responsable de culpa leve en la custodia de las mercancías y en el cumplimiento del contrato, pero no responde por el deterioro o pérdida de ellas provenientes de su naturaleza, de vicio propio o de fuerza mayor.”

13 “Los riesgos del bien se transmiten al consignatario cuando éste le sea entregado de manera real por el consignante, con la excepción de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor tratándose de bienes individualmente designados los cuales correrán a cargo del consignante.”

parte agravada, em consignação, à ora agravante. Há também no feito, dados indicativos de que para aquisição do veículo, a agravante celebrou contrato de financiamento com instituição financeira. Destarte, forçoso convir que a prova até então apresentada aponta para a celebração de contrato estimatório entre a parte agravada e revendedora. O contrato estimatório, que trata da entrega, pelo consignante, de bens móveis, ao consignatário, para venda, está regulamentado pelos dispositivos contidos na legislação civil, precisamente nos arts. 534 a 537. Por força de tal contrato, dada a extensão da relação estabelecida, se o bem for vendido pelo consignatário a terceiro de boa-fé, ou seja, aquele que paga corretamente o preço pedido (caso que parece ser o da agravante), o negócio será considerado válido e acabado, devendo o consignatário repassar o valor da venda ao consignante. Bem por isso, não se afigura prudente, em sede de antecipação de tutela, privar a agravante, terceira, supostamente adquirente de boa-fé, da posse do bem, em virtude do consignatário não ter procedido o repasse ao consignante (parte agravada) do valor concernente à venda do veículo. Com efeito, embora o quanto concluído em relação à agravante esteja limitado pelo início de conhecimento, fato é que as afirmativas feitas pela parte agravada relativamente à agravante não pesaram ao espírito deste julgador, a ponto de prevalecerem sobre eventuais hipóteses negativas. Logo, não há que se falar, por ora, em probabilidade. Destarte, incabível a antecipação de tutela, nos termos em que deferido. Realmente, como já assentado em iterativa jurisprudência, os pressupostos da tutela antecipada, consubstanciados no art. 300, do CPC, são concorrentes. Destarte, a ausência de um deles, inviabiliza a pretensão do autor. Recurso provido. (ESTADO DE SÃO PAULO, TJSP, 2020).

Essa circunstância demonstra que a relação jurídica estabelecida entre consignante e consignatário não se confunde com a relação concebida entre o consignatário e o eventual adquirente do bem objeto dessa figura negocial. São relações jurídicas distintas, de forma que igualmente não pode o adquirente do bem entregue ao consignatário em virtude do contrato estimatório, exigir ou demandar o consignante por qualquer razão que seja.

Para o consignante, em reciprocidade, uma vez que o contrato celebrado confere ao consignatário o poder de disposição do bem, não lhe é concedida nenhuma demanda em face do eventual terceiro adquirente desse bem. Como referido, o direito do consignante é de receber do consignatário o bem de volta em sua integridade ou o valor estimado. Nada além disso poderá exigir.

O “Código Civil y Comercial” argentino traz, em seu artigo 1.337¹⁴, que trata do contrato de consignação, previsão expressa acerca da inexistência de relação jurídica entre o consignante e as pessoas que celebrem negócios jurídicos com o consignatário, envolvendo o bem objeto do contrato em consignação.

María Eugenia Rodriguez Pería (2015), ao comentar o artigo 1335 do “Código Civil y Comercial” argentino - que inaugura o regime jurídico do contrato de consignação - explica que o desenvolvimento da atividade do consignatário é feito em nome próprio, que manifesta a vontade por ele mesmo frente aos terceiros, de forma que o “consignante no queda obligado frente a los

14 Art. 1337 do Código Civil y Comercial “El consignatario queda directamente obligado hacia las personas con quienes contrata, sin que éstas tengan acción contra el consignante, ni éste contra aquéllas.”

terceros, ni estos contraen obligaciones ni derechos directos a su favor o en su contra” (PERÍA, 2015, p. 68).

Outra questão que envolve o conjunto de obrigações do consignatário é aquela atinente à exposição do bem para a venda. A bem da verdade, sequer pode o consignante exigir do consignatário a exposição do bem para a venda, se as partes não pactuarem nesse sentido no momento da contratação. O modo de exibição da coisa e o lugar para isso ocorrer devem ser previamente estabelecidos no contrato (GARBI, 2018, p. 82), o que possibilitará ao *tradens* demandar o *accipiens* por inadimplemento contratual caso o bem não seja exposto para a venda.

Seguindo essa linha de raciocínio, a obrigação do consignatário é de meio e não de resultado, de forma que não poderá ser responsabilizado caso não consiga encontrar um comprador para o bem do consignante (GARBI, 2018, p. 83).

O nosso legislador de 2002, ao seguir o modelo italiano dessa figura negocial em debate - que destinou apenas três dispositivos em seu *Codice*, o que lhe rende críticas por parte da doutrina por não conseguir regulamentar, na integralidade, a essência do contrato estimatório (DABAH, 2014, p. 283) - foi tímido ao discipliná-la em apenas 4 (quatro) dispositivos, entre os artigos 534 a 537.

Consigne-se, nada obstante, que o sistema italiano inspirou, a partir da década de 40 do século passado, porquanto o seu atual código civil é de 1942, várias legislações de outros países no que tange ao contrato estimatório.

Isso ocorreu com os sistemas da Guatemala¹⁵, Honduras¹⁶ e de El Salvador que, basicamente, copiaram, em seus respectivos Códigos Comerciais, o regramento italiano sobre essa figura contratual. O Código de Comércio de Colômbia, entre os artigos 1377 e 1381, traz a figura do contrato em consignação ou estimatório e prevê algumas poucas diferenças em comparação com o direito italiano. Uma delas já foi retratada acima e corresponde à responsabilidade civil do consignatário pela perda ou deterioração da coisa em seu poder que é subjetiva.

Outros países, de maneira um pouco diversa, afastaram-se do sistema italiano e trataram o contrato estimatório como uma espécie de mandato (DABAH, 2014, p. 283).

Foi o caso do sistema argentino, em que se verifica no artigo 1335 do *Código* “Civil y Comercial” que o contrato estimatório, denominado de contrato de consignação, surge como uma modalidade de mandato, nos seguintes termos: “Hay contrato de consignación cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles. Se le aplican supletoriamente las

15 Art. 713 do Código de Comercio de Guatemala: “El contrato estimatorio, por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo, se regirá por las siguientes reglas: 1º. El consignatario no quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido, porque sea imposible su total restitución, aun por causas que no le sean imputables. 2º. El consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero éstas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél mientras no haya sido pagado el precio. 3º. El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas, en tanto que no le sean restituidas.”

16 Art. 826 del Cód. Com. de la República de Honduras: “El contrato estimatorio, por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo, se regirá por las siguientes reglas: I. El consignatario no quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido, porque sea imposible su total restitución aun por causas que no le sean imputables; II. El consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero estas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél mientras no haya sido pagada el precio; y III. El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas en tanto que no le sean restituidas”.

disposiciones del Capítulo 8 de este Título¹⁷”.

O Código Comercial mexicano, por seu turno, entre os artigos 392 e 394, trata da “consignación mercantil” de maneira bem exauriente, prevendo, inclusive, no artigo 393, 4,¹⁸ o prazo de 2 (dois) dias úteis para que o consignante, após a ocorrência da venda do bem objeto do contrato estimatório, receba do consignatário, o preço estimado, salvo disposição em contrário.

Assim, verifica-se que o sistema italiano exerceu grande influência em nosso e em vários países nessa modalidade contratual, nada obstante podermos observar que o tratamento da matéria, perante o Código Civil de 2002, em razão disso, ocorreu de maneira tímida, notadamente pelo fato de ser um contrato de elevada incidência prática, o que lhe poderia render uma quantidade maior de dispositivos, a exemplo do que se verifica no México que detalha essa figura contratual em vários textos normativos.

No entanto, uma circunstância verificada em todas as legislações acima pesquisadas é a existência de texto normativo específico, com exceção do sistema argentino, em que se determina a proibição da disposição do bem, na vigência do contrato em debate, por parte do *tradens*, ou a menção expressa à perda do seu poder de dispor da coisa durante o mesmo período, tema a seguir enfrentado.

3 DA PERDA DO PODER DE ALIENAÇÃO DO CONSIGNANTE DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO

Conforme referido anteriormente, o contrato estimatório, quando celebrado, transfere ao *accipiens* apenas o poder de disposição da coisa, mas não altera a titularidade do bem, que continua sendo do *tradens*. O próprio artigo 536, do CC/2002, deixa clara essa ideia de que a propriedade continua sendo deste último, ao afirmar que a “coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou sequestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço”.

Destarte, não são todas as faculdades do domínio que permanecem com o consignante, uma vez que a tradição do objeto ocasiona a transferência do poder de disposição para o consignatário, com o escopo de que ele possa efetivar as operações de venda (TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2020, p. 184).

Consigne-se que a posse da coisa, no momento da celebração do contrato estimatório, é desmembrada, o que faz com que o consignatário adquira a posse direta do bem, permanecendo o consignante com a posse indireta (DONDELLI, 2007, p. 6).

O consignatário, possuidor direto do bem, detém, na medida da sua disponibilidade, a pretensão de vendê-lo, tendo sido conferida a si esta prerrogativa, da qual o consignante, temporariamente, abre mão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 138). Neste sentido:

17 Tradução livre: Há contrato de consignação quando o mandato é sem representação para a venda das coisas móveis. Aplicam-se supletivamente as disposições do capítulo 8 deste título.

18 “Una vez verificada la venta del bien dado en consignación, el consignatario tendrá dos días hábiles para entregar la ganancia pactada al consignante, salvo pacto en contrario.”

Como acentuamos, é essencial que o *tradens* entregue a coisa móvel ao consignatário, bem como sua disponibilidade. No entanto, conserva a propriedade. Findo o prazo do contrato ou da notificação, conforme assinalado, terá ele direito ao preço ou à restituição da coisa. Outrossim, durante o lapso contratual, não pode pretender a restituição nem turbar a posse direta do consignatário, que pode opor-lhe os meios possessórios. Como mantém o *tradens* o domínio, pode prometer a venda da coisa para após o prazo de consignação, mediante a condição de re aquisição da disponibilidade. A esse respeito dispõe o art. 537 do vigente Código: ‘*O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída, ou de lhe ser comunicada a restituição*’. (VENOSA, 2020, p. 396).

O Código Comercial mexicano, ao apresentar esse tipo negocial com outra denominação, nada obstante, dispõe em seu artigo 392, expressamente, que “una persona denominada consignante transmite la disponibilidad y no la propiedad de uno o varios bienes muebles, a otra persona denominada consignatário”. Vale dizer, o sistema mexicano preferiu deixar bem claro o fato de que com o aperfeiçoamento desse contrato, não há transmissão de titularidade do bem, somente o poder de disposição da coisa.

Dessa forma, ao transferir o poder de disposição do bem temporariamente ao *accipiens*, o *tradens* fica despojado dele até que o contrato estimatório seja extinto. O que significa afirmar que mesmo sendo proprietário do bem, não pode aliená-lo, nos termos do que dispõe, nessa linha de raciocínio, o artigo 537 do Código Civil de 2002, ao aduzir que: “O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição”.

Essa mesma vedação é encontrada no Código Civil italiano, artigo 1.558, no Código Comercial de El Salvador, artigo 1.051, III, no Código Comercial mexicano, artigo 393, 5 e no Código Comercial colombiano, artigo 1.381. Expressam a ideia de perda do poder de disposição do consignante quando celebrado o contrato estimatório os Códigos Comerciais de Guatemala, artigo 713, 3º e Honduras, artigo 826, III.

Questão interessante que surge é aquela atinente à consequência jurídica do eventual desrespeito do consignante ao contrato estimatório e a venda do bem a um terceiro, com inobservância do disposto no artigo 537 do CC. Ou seja, se antes de lhe ser devolvida a coisa ou comunicada a sua restituição o *tradens* vendê-la para uma outra pessoa, essa venda seria válida, inválida ou ineficaz?

Marco Aurélio Bezerra de Melo (2021) afirma que na vigência dessa espécie negocial, o objeto fica à disposição do *accipiens*, e infringiria o princípio da boa-fé objetiva, que se materializa na lealdade e confiança recíprocas, se o *tradens* pudesse dispor da mesma coisa para outras pessoas (MELO, 2021, p. 381). Apenas estará autorizado a tanto, legal e contratualmente, depois de regular comunicação do consignatário no sentido de que não pretende ficar com a coisa ou no momento da sua restituição. Qualquer alienação realizada de maneira diversa será considerada “ineficaz perante o consignatário, respondendo o consignante perante o terceiro pelos prejuízos que este experimentou ao confiar na seriedade do contrato” (MELO, 2021, p. 381).

Nesse mesmo sentido, de que a violação do artigo 537 do CC/2002, subsumiria em

hipótese de ineficácia do contrato celebrado pelo consignante, é a opinião de Nelson Rosenvald (2018), que visualiza uma verdadeira “venda a non domino”, o que tornaria ineficaz o negócio jurídico diante do consignatário, em sua opinião (ROSENVALD, 2018, p. 566).

A nosso ver, tratar-se-ia de uma hipótese de inadimplemento contratual (do contrato estimatório) bem como de nulidade absoluta do negócio jurídico de disposição da coisa pelo consignante a um terceiro, porquanto dispõe o artigo 166, VII, do Código Civil de 2002, ser nulo o negócio jurídico quando: “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção”.

A análise do artigo 537, do CC/2002, deixa evidente o fato de que o legislador, ao afirmar que o “consignante não pode dispor da coisa”, indica uma proibição da prática do negócio jurídico de alienação do bem transmitido, na vigência do contrato estimatório, o que nos leva à ilação de que o eventual contrato de compra e venda celebrado pelo consignante, com infringência a esse dispositivo, seria nulo.

Dispõe Paulo Lôbo (2020) que:

Há quem sustente que a violação da norma de vedação de dispor da coisa, pelo consignante, constituiria inadimplemento do contrato, mas produziria efeitos em relação a terceiro. Assim, a venda da coisa consignada, dentro do prazo ajustado, feita pelo consignante a terceiro, seguida da tradição, produziria os efeitos de transmissão da propriedade. O terceiro estaria legitimado a reivindicar a coisa do consignatário (Biscontini; Ruggeri, 1998, p. 31). Entendemos, contrariamente, que não se trata simplesmente de inadimplemento contratual. Não se estaria violando apenas o contrato. Está em jogo não apenas o ilícito relativo às partes do contrato, mas o princípio da boa-fé que tutela o interesse de todos aqueles que confiem na legitimidade do poder de disposição do consignatário. Nulo é o negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa (CC, art. 166, VI). A nulidade decorre da violação da lei que atribui ao consignatário o poder exclusivo de disposição. (LÔBO, 2020, p. 334).

Como se revela da citação acima, referido autor também atribui peso ao princípio da boa-fé objetiva, premissa principiológica fundamental ao Código Civil de 2002 – elencando-se a eticidade, socialidade e operabilidade como seus princípios nucleares (DINIZ, 2019, p. 66) –, diploma que erigiu, pioneiramente nos sistemas jurídicos de direito privado ocidentais, a função social do contrato como limite à autonomia privada (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 633).

Nesse mesmo sentido, dispõe Alexandre Dartanhan de Mello Guerra (2019), ao aduzir que a parte inicial do artigo 537 do CC/2002 revelaria norma cogente e o seu desrespeito ocasionaria a nulidade absoluta, nos termos do artigo 166, VI, do CC/2002, do contrato entabulado entre o consignante e um terceiro (GUERRA, 2019, p. 861-862).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013) comungam do mesmo entendimento ao afirmarem que a inobservância desse regramento pelo *tradens*, por alienação do bem diretamente a terceiros, viola “o comando do CC 166 VI, causa de nulidade absoluta do negócio feito entre consignante e terceiro, tendo por objeto as coisas consignadas” (NERY

JUNIOR; NERY, 2013, p. 722).

O nosso pensamento diferencia dos referidos autores, apenas no que tange ao inciso do artigo 166 do Código Civil de 2002 que serve de fundamento para a alegação da nulidade do contrato celebrado sem o respeito ao artigo 537 do CC, uma vez que pensamos que seria a hipótese de se aplicar o inciso VII e não o VI daquele dispositivo, haja vista o fato de a lei proibir a prática de ato de disposição por parte do consignante na vigência do contrato estimatário.

CONCLUSÃO

O contrato estimatário se revela como pertinente objeto de estudo, mormente em se considerando ter recibo tipificação e regramento próprios apenas a partir do Código Civil de 2002, situando-se dentre as inovações de referido diploma.

Respeitando os princípios informadores do vigente Código Civil, a boa-fé objetiva se revela intrínseca aos direitos e obrigações que informam a celebração e a execução do contrato estimatário, daí não se distinguindo das demais formas contratuais previstas e normatizadas pelo Código Reale.

É no Direito Romano que se reconhece a origem do contrato estimatário, uma vez que, a despeito de não nomeado a este título no Direito Clássico, nele foram reconhecidas ações próprias para a proteção da relação jurídica estimatória, pois que não idêntica, a despeito do compartilhamento de certas características, à locação, à compra e venda e ao mandato.

Merecem a devida abordagem os núcleos polêmicos que ainda envolvem o contrato estimatário, tendo se sustentado se tratar de obrigação alternativa (e não facultativa), em que, ainda que caiba a escolha ao devedor, há duas prestações que, alternativamente, podem satisfazer os pressupostos do adimplemento (entrega do preço ou restituição da coisa); contrato real, ao invés de consensual, pois que se aperfeiçoa mediante a tradição da coisa; e contrato aleatório, pois que revela incerteza acerca da prestação que será recebida pelo *tradens* e pelo *accipiens*.

Abordou-se a peculiar responsabilidade objetiva do *accipiens* (consignatário) na hipótese de perecimento do objeto cuja posse direta lhe foi transmitida, inafastável até mesmo frente às hipóteses de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro, excetuando as regras gerais de responsabilidade civil contratual subjetiva e de que a coisa “perece para o dono”.

Não obstante econômico em seu regramento, o Código Civil Brasileiro traz fundamentos bastantes para se reconhecer a autonomia entre a relação jurídica negocial do adquirente com o consignatário, de maneira a nada ter a exigir o adquirente do consignante e vice-versa, na hipótese de inadimplemento do consignatário.

Abordou-se, ao final, a relevante particularidade de que se reveste o direito de propriedade quando do contrato estimatário, uma vez que, a despeito de reservada a propriedade ao consignante enquanto não promovida a venda ou a aquisição própria pelo consignatário, há a restrição da potência de “dispor” por parte do consignante, que, em homenagem à boa-fé do consignatário e

de sua justa expectativa na promoção da venda da coisa, percebe peremptória vedação a qualquer ato de disposição por parte do *tradens*, já que referido direito de dispor sobre a coisa é transmitido ao consignatário enquanto vigente ou não resolvida a consignação, constituindo-se em hipótese de nulidade (invalidade absoluta: e não relativa ou mero inadimplemento contratual, tampouco apenas ineficácia) eventual disposição por parte do consignante.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o contrato estimatório previsto no Código Civil de 2002, embora seja uma novidade em relação ao Código Civil de 1916, já era uma realidade no País, e a sua previsão contribuiu para conferir maior segurança jurídica na efetivação das relações individuais e sociais, particularmente das relações privadas.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: contratos típicos e atípicos. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Código Civil**, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. DF, 2002.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002a.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1, 11 jan. 2002b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 710.658/RJ**. Direito Comercial. Falência. Pedido de restituição de dinheiro. Alienação de mercadorias recebidas em consignação antes da quebra. Contabilização indevida pela falida do valor equivalente às mercadorias. Dever de a massa restituir ou as mercadorias ou o equivalente em dinheiro. Súmula n. 417 -STF. Relatora: Mini. Nancy Andriighi, 06 setembro 2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7196103/inteiro-teor-12944506>. Acesso em: 03 set. 2022.

CAIA, Maximiliano L. Sección 4ª: obligaciones facultativas. *In*: HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dir.). **Código Civil y comercial de la Nación comentado**: libro tercero artículos 724 a 1250. Buenos Aires: Infojus, 2015. (Tomo 3). p. 80-83. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf. Acesso em: 03 nov. 2022.

COLÔMBIA. **Código de Comercio de Colombia**. Decreto n.º 410 de 1971, 1971.

- D'ORS, Alvaro. Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano. **Prudentia IURIS**, Buenos Aires, n. 51, p. 55-66, 2000. Disponível em: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2759/1/prudentia51.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022.
- DABAH, Alejandro D. Contrato estimatorio. **Revista Pensar en Derecho**, Buenos Aires, v. 3, n. 5, p. 271-333, 2014. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/contrato-estimatorio.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil. 36. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. v. 1.
- DONDELLI, Luís Vicente. Contrato estimatório. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 31, p. 147-167, 2007.
- EL SALVADOR. Código de Comércio de El Salvador. Decreto n.º 671, 1970.
- FARIA, Sebastião Soares de. Do contrato estimatório. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 372-387, 1941. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65944>. Acesso em: 3 nov. 2022.
- FIUZA, César. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 4.
- GARBI, Carlos Alberto. Contrato estimatorio (v em consignação). In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). **Estudos em homenagem a Clóvis Bevilacqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 2.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. 11. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. v. 2.
- GUATEMALA. Código Comercial de Guatemala. Decreto n.º 2-70, 1970.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Comentários sobre o art. 537. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- HONDURAS. Código de Comércio de Honduras. Decreto n.º 73 del 17 de febrero de 1950, 1950.

ITÁLIA. Codice Civile. Régio Decreto 16 marco 1942, n.º 262, 1942.

ITÁLIA. **Codice Civile online**. [S. l.: s. n.], c2017. Disponível em: <https://www.codice-civile-online.it/>. Acesso em: 3 nov. 2022.

LÔBO, Paulo. **Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MELO, Marco Aurelio Bezerra de; DELGADO, Mario Luiz; TARTUCE, Flávio; SIMAO, Jose Fernando; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MÉXICO. Código de Comercio, 1889.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

PERÍA, María Eugenia Rodriguez. Contrato de consignación. *In*: HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dir.). **Código Civil y comercial de la Nación comentado**: libro artículos 1251 a 1881. Buenos Aires: Infojus, 2018. (Tomo 4).

ROSENVALD, Nelson; PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2246237-16.2019.8.26.0000**. Relator: Neto Barbosa Ferreira, 17 novembro 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/243762287/processo-n-224XXXX-1620198260000-do-tjsp>. Acesso em: 03 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9179788.11.2006.8.26.0000/SP**. Relator: Amorim Cantuária, 05 maio 2010a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1108049640/inteiro-teor-1108049679>. Acesso em: 03 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9056696-59.2007.8.26.0000/Santo André**. Relator: Edgard Rosa, 10 novembro 2010b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1007873-94.20154.8.26.0006**. Relator: Kioitsi Chicuta, 10 maio 2018.

TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos de**

Direito Civil: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Como citar: RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O contrato estimatório no Código Civil de 2002: origens e aplicabilidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 122-144, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p122. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 09/09/2021.

Aprovado em: 26/09/2022.