

## Pode o comprador adquirir mercadoria à custa de inadimplente?



### 1. Introdução

A questão formulada no título da presente coluna pode ser ilustrada por meio de exemplo simples: João e Maria celebram a compra e venda de 50 sacas de laranja por quinhentos reais. No dia acertado, João avisa que teve problemas com os fornecedores e que não irá entregar. Maria, porém, tem urgência na obtenção da mercadoria e sabe que Antônio, outro fornecedor da região, vende as 50 sacas de laranja por setecentos reais. Poderia, então, ela comprar 50 sacas de Antônio, sendo depois ressarcida por João pela diferença de preço de duzentos reais e demais despesas de contratação?

O Código Civil não contém dispositivo que trate disso especificamente. Por outro lado, nos casos das obrigações de fazer e de não fazer, o Código Civil prevê que, em face do inadimplemento, o credor poderá contratar terceiro, à custa do devedor, para fazer ou desfazer aquilo a que ele se obrigara (artigos 249 e 251). E, em caso de urgência, o credor poderá fazê-lo independentemente de prévia autorização judicial (parágrafos únicos dos referidos dispositivos). Mas no capítulo das obrigações de dar, modalidade obrigacional da qual a compra e venda é o exemplo mais marcante, não há norma equivalente. Essa ausência configuraria lacuna? Ou seria resultado da intenção do legislador de restringir a execução contratual por substituição aos casos de obrigações de fazer e de não fazer, excluindo, portanto, essa possibilidade dos casos de compra e venda?

### 2. Experiência brasileira; crítica

A questão de se o comprador pode ou não realizar compra substitutiva não é tradicionalmente enfrentada pela comunidade jurídica brasileira. O interesse por essa temática tem surgido mais recentemente, em decorrência de posicionamentos, doutrinário[1] e jurisprudencial[2], de que o comprador, em face do inadimplemento do vendedor, deveria adquirir a mercadoria de terceiro para fim de evitar dano ao próprio patrimônio.

Acontece que, da maneira como foi feita, concluiu-se pela existência de “dever” do comprador de celebrar compra substitutiva sem, contudo, ter-se ocupado devidamente da questão primeira que é a determinação de se haveria ou não a possibilidade jurídica de fazer uma tal operação.

Note-se que a pergunta não é tão simples, pois a compra substitutiva altera de maneira praticamente definitiva a relação contratual entre as partes. Com essa conduta, o comprador deixa de ter interesse na entrega das mercadorias pelo vendedor, passando a ter interesse apenas no ressarcimento pelos gastos a



mais com a compra de cobertura. Caso admitida, essa conduta do comprador seria responsável por transformar um mero atraso do vendedor em inadimplemento definitivo, o que pode ser ruinoso para o vendedor. Além disso, do ponto de vista normativo, não é evidente a compatibilidade de um tal comportamento com, por exemplo, a possibilidade de purgação da mora pelo devedor (artigo 401, I, Código Civil).

Há essencialmente dois fundamentos apresentados. De um lado, o TJ-RS fundamenta sua posição no Enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil: “Art. 422. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.” Ou seja, o comprador deveria celebrar compra substitutiva para evitar o próprio dano, pois é isso que importaria a boa-fé objetiva. Esse argumento não é, contudo, suficiente, pois não enfrenta a questão fundamental e anterior que é a de se o comprador pode celebrar compra substitutiva. O fundamento não chega, porque é impensável querer extrair da boa-fé dever de realizar conduta não autorizada pelo ordenamento.

Por outro lado, segundo Christian Sahb Batista Lopes, “o ônus de mitigação impõe que o credor obtenha junto a terceiros, no mercado, a prestação inadimplida se essa providência puder evitar que sejam causados danos adicionais. No que concerne à obrigação de dar, a aplicação dessa norma no direito brasileiro não traz maiores preocupações. Com efeito, não sendo entregue a coisa certa ou incerta, o credor poderá requerer perdas e danos ou tutela específica da obrigação. [...] Portanto o credor terá livre escolha da medida a ser imposta ao devedor em caso de inadimplemento de uma obrigação de dar, podendo requerer, desde logo, perdas e danos (artigo 389 do Código Civil) ou tutela específica (artigo 947 do Código Civil).”[3]

Essa posição reflete uma visão do direito brasileiro com lentes do *common law*, em que a compra substitutiva é vista como forma de perdas e danos[4]. No Brasil não é possível, contudo, falar que o credor tem a liberdade para escolher entre tutela específica e perdas e danos. Aqui, na realidade, nem há essa oposição entre tutela específica e perdas e danos. A indenização por perdas e danos está, em verdade, sempre disponível em conjunto com as demais medidas, como execução em natura, execução por equivalente e resolução do contrato. Além disso, em face do inadimplemento, o credor não tem (total) liberdade para determinar a medida da qual se valerá em face do devedor. Em princípio, ele tem direito apenas de exigir a execução em natura. A resolução ou a execução do contrato pelo equivalente, por exemplo, só são admitidas em caso de inadimplemento absoluto ou definitivo[5].

É necessário, portanto, aprofundar a questão de se há ou não possibilidade de compra substitutiva no direito brasileiro.

### 3. Solução proposta

A principal via para aprofundar a questão é explorar o potencial que os artigos 249 e 251 do Código Civil, especialmente o primeiro, teriam para autorizar a execução por substituição em caso de compra e venda. Para isso, importa analisar o desenvolvimento dessa questão na França, país que inspirou o legislador brasileiro na elaboração dos referidos dispositivos.

#### 3.1 Direito francês

Até 2016, o Código Civil francês tinha um regramento parecido com o do CC brasileiro: separava em capítulos, de um lado, obrigação de dar e, de outro, obrigações de fazer e de não fazer; havia também



dispositivos ligados às obrigações de fazer e de não fazer que autorizavam a execução por substituição (artigos 1.144 e 1.143, respectivamente), não havendo artigo equivalente em relação às obrigações de dar. Nada obstante, com base no artigo 1.144[6], os tribunais autorizavam que, em caso de inadimplemento do vendedor, o comprador adquirisse mercadorias de terceiro à custa do vendedor. Dessa maneira, os tribunais passaram a reconhecer uma especial *faculté de remplacement* do comprador[7].

Em caso compra e venda de bens genéricos ou coisas incertas, o dever do vendedor de adquiri-las e entregá-las era vista como uma obrigação de faire que não podia ser diretamente imposta. Neste caso, o comprador tinha, com base no artigo 1144, direito a uma decisão que o autorizasse a comprar de terceiro à custa do vendedor[8].

A faculdade de substituição só podia ser exercida mediante prévia autorização judicial. Essa exigência servia para garantir que não fosse arbitrária a alteração da situação jurídica do devedor inadimplente[9]. Ela era, por outro lado, tida como bastante onerosa para o credor. Para mitigá-la, passaram a ser reconhecidas exceções, como os casos de urgência e de contratos comerciais. Nessas hipóteses, o credor podia prosseguir sem autorização judicial, mas assumia o risco de o tribunal decidir mais tarde que ele agiu equivocadamente e se recusar a conceder-lhe o ressarcimento pelos valores gastos com a transação substitutiva[10].

Na prática, a *faculté de remplacement* era uma medida particularmente apropriada quando, para o devedor, o cumprimento em natura havia se tornado impossível, ou quando o credor não mais desejasse obter cumprimento por parte do devedor por ter, por exemplo, perdido a confiança nele. Era amplamente invocada no contexto de contratos de construção, com a permissão sendo solicitada para substituir o empreiteiro original, de modo que o trabalho inacabado pudesse ser concluído ou, conforme o caso, para remediar defeito na obra[11].

A natureza jurídica da faculdade de substituição era controversa, embora a doutrina majoritária defendesse que se tratava de execução em natura (indireta). Essa percepção baseia-se no resultado do processo sob a perspectiva do credor, o qual obtém (ao menos de maneira muito próxima) a mercadoria pela qual tinha desde o início contratado[12].

Em 2016, houve uma reforma do direito obrigacional. Entre outras medidas, eliminou-se a distinção entre obrigações de dar e de fazer, de modo que o regramento passou a ter alcance geral: “Art. 1.222. Após notificação para cumprir, o credor pode também, dentro de um prazo e a um custo razoáveis, executar ele mesmo a obrigação ou, com autorização prévia do juiz, destruir o que foi feito em violação da obrigação. Ele pode exigir do devedor o reembolso dos valores dispendidos para esse fim. Ele pode também exigir em juízo que o devedor antecipe os valores necessários para tal execução ou destruição.”

Além das mudanças perceptíveis a partir do texto do dispositivo, vale ressaltar que o artigo 1.222 encontra-se inserido em subseção intitulada “*l’exécution forcée en nature*”, tendo sido assim chancelada legislativamente a natureza jurídica da medida como execução coativa em natura ou específica[13].

### 3.2. Direito brasileiro

Com base nesse desenvolvimento, é possível retornar aos questionamentos presentes na introdução e



---

responder que a ausência, no capítulo das obrigações de dar, de norma equivalente aos artigos 249 e 251 corresponde sim a lacuna e não ao resultado de uma decisão do legislador de restringir a execução por substituição aos casos de obrigação de fazer e de não fazer.

Outra não é a conclusão que se extrai do desenvolvimento do tema na terra de origem desse regramento, a França, em que doutrina e jurisprudência não hesitaram em se apoiar no artigo 1.144 para construir uma faculdade de substituição do comprador.

Aprofundando essa questão, é possível apontar ao menos duas possíveis razões para a ausência de regramento de execução por substituição na seção “*de l’obligation de donner*”, omissão que foi repetida pelo legislador brasileiro. É relevante identificar essas razões, pois elas confirmam que essa omissão legal não é fruto da intenção legislativa de vedar a execução por substituição nos casos de obrigações de dar.

Em primeiro lugar, no Código Civil francês, a seção “*de l’obligation de donner*” continha apenas regras em relação a obrigações ligadas a coisas determinadas individualmente, ou mercadorias que o vendedor já separou e disponibilizou para o comprador (coisa certa). Nesses casos, a simples celebração do contrato já implicava a transferência da propriedade (artigo 1.138, versão anterior à reforma de 2016). Assim, ao comprador cabia pretensão não ao fornecimento de mercadorias alheias, mas à entrega de seus próprios bens<sup>[14]</sup>. Nesse contexto, não é possível ou, ao menos, é contraintuitivo pensar em execução por substituição.

Outro motivo é que, em prol da liberdade do devedor, as obrigações de fazer e de não fazer não eram passíveis de execução direta, sendo convertidas em perdas e danos (artigo 1.142, versão anterior à reforma de 2016), ou em execução por substituição (artigos 1.143 e 1.144). Esses dispositivos tinham, portanto, a finalidade de compatibilizar essa limitação com a satisfação do interesse do credor no cumprimento da prestação. No caso das obrigações de dar, como a coisa poderia ser executada sem que o devedor precisasse colaborar diretamente, ou seja, como a liberdade do devedor não estaria ameaçada, uma tal norma pode ter parecido desnecessária ao legislador.

O sistema brasileiro é ainda mais favorável do que o francês para concluir favoravelmente pela faculdade de substituição do comprador. No Brasil é possível pensar em uma tal faculdade em casos de compra e venda de bens fungíveis, mesmo que a obrigação do vendedor seja de dar coisa certa, pelo fato de as coisas terem sido determinadas individualmente, ou de já ter havido concentração (artigo 245 do Código Civil). Isso porque, mesmo nesses casos, não terá havido transferência da propriedade da coisa vendida, fazendo, portanto, sentido falar em compra substitutiva.



No direito brasileiro, contudo, não é possível uma solução igual à do direito francês pré-reforma de 2016, que seria a de reconhecer a faculdade de substituição do comprador com base diretamente no artigo 249 do Código Civil. Diferentemente do que havia no Código Civil francês, no Código Civil brasileiro há uma seção específica sobre compra e venda de coisa incerta, o que afasta a possibilidade de dever a obrigação do vendedor em compra e venda de coisa genérica como uma obrigação de fazer. A compra e venda de coisa genérica está especificamente regulada no capítulo de obrigação de dar. No direito brasileiro, portanto, é necessário recorrer a uma aplicação analógica do artigo 249 do Código Civil, para fim de extrair, no caso concreto, o direito do comprador à compra substitutiva.

#### 4. Conclusão

O comprador pode sim adquirir mercadoria de terceiro à custa do vendedor inadimplente. Trata-se de compra substitutiva, hipótese de execução por substituição do contrato de compra e venda. Essa medida tem natureza de execução em natura ou específica indireta. Chega-se a essa solução por meio da aplicação analógica do artigo 249 do Código Civil.

O comprador precisará, via de regra, obter prévia autorização judicial. Porém, em caso de urgência, ele está dispensado da necessidade de pedir essa autorização (artigo 249, parágrafo único, por analogia).

*\*Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).*

[1] Ver, por exemplo: LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209 ss.

[2] TJRS, AC n. 70025609579, da Quinta Câmara Cível, Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 20/05/2009. Trata-se de caso de compra e venda de máquina de eletroerosão. A máquina foi entregue com defeito e a compradora ajuizou ação pedindo, entre outras coisas, indenização por lucros cessantes. O TJRS decidiu que, a título de mitigação de danos, “caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo”, por exemplo pela aquisição de “outra máquina que desempenhasse a mesma função”.

[3] LOPES, op. cit., p. 209-210.

[4] ROWAN, Solène. *Remedies for breach of contract: a comparative analysis of the protection*. Oxford: University Press, 2012, p. 116

[5] Ver, por todos: TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa a? resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.



[6] “Art. 1144. O credor também pode, no caso de inexecução, ser autorizado a fazer cumprir a obrigação à custa do devedor. Ele pode ser condenado a adiantar os valores necessários para a execução.”

[7] RABEL, Ernst, *Das Recht des Warenkaufs: eine Rechtsvergleichende Darstellung*, vol. 1. Berlin: Walter de Gruyter, 1964, p. 468; KÖTZ, Hein. *Europäisches Vertragsrecht*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 290-291.

[8] TREITEL, G. H. *Remedies for breach of contract: a comparative account*. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 57.

[9] ROWAN, op. cit., p. 115.

[10] LAITHIER, Yves-Marie, *Exécution forcée en nature*. In: CARTWRIGHT, John; WHITTAKER, Simon (ed.). *The Code Napoleon rewritten: French contract law after the 2106 reforms*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 272-273; ROWAN, op. cit., p. 115; TREITEL, op. cit., p. 57.

[11] ROWAN, op. cit., p. 115.

[12] TREITEL, op. cit., p. 57; LAITHIER, op. cit., p. 272; ROWAN, op. cit., p. 116, dizendo que a natureza era híbrida, entre execução em natura e perdas e danos.

[13] LAITHIER, op. cit., p. 258.

[14] KÖTZ, op. cit., p. 291.

**Date Created**

23/09/2019