Renan Lotufo

Código Civil Comentado

VOLUME 2

OBRIGAÇÕES

Parte Geral

(arts. 233 a 420)

PLANO GERAL DA OBRA

Volume 1 — Parte Geral (arts. 1º a 232)

Volume 2 — Obrigações; Parte Geral (arts. 233 a 420)

Volume 3 — Obrigações; Contratos (arts. 421 a 853)

Volume 4 — Obrigações (arts. 854 a 965) e Direito de Empresa (arts. 966 a 1.195)

Volume 5 — Direito das Coisas (arts. 1.196 a 1.510)

Volume 6 — Direito de Família (arts. 1.511 a 1.783)

Volume 7 — Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027) e Disposições Finais e Transitórias (arts. 2.028 a 2.046)

Renan Lotufo

Mestre e Doutor em Direito pela PUCSP. Professor de Direito Civil da Graduação e da Pós-Graduação da PUCSP. Coordenador de Cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura. Desembargador aposentado do TJSP. Advogado e consultor jurídico.

Código Civil Comentado

VOLUME 2

OBRIGAÇÕES
Parte Geral

(arts. 233 a 420)

2003

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-14989-2

Código civil comentado : obrigações : parte geral (arts. 233 a 420), volume 2 /
Renan Lotufo. — São Paulo :
Saraiva, 2003.
1. Direito civil - Legislação - Brasil I. Título.
02-6769 CDU-347(81)(094.46)

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil : Código civil comentado 347(81)(094.46)
2. Código civil comentado : Brasil 347(81)(094.46)

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia

autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Dedico o presente livro à memória do Professor Agostinho Alvim, que foi meu mestre na pós-graduação da PUCSP, e que me levou ao contato com o então projeto do presente Código Civil.

Sua imensa cultura e simplicidade envolviam os que com ele tiveram oportunidade de aprender.

Sua incrível responsabilidade levou a que só se desse o direito de morrer após terminar o trabalho de resposta às emendas oferecidas ao Livro de Obrigações na Câmara Federal.

Ao concluir o trabalho comunicou ao Professor Miguel Reale, e nesse dia teve a seqüência de enfartos que culminaram em sua morte.

À memória desse grande mestre, com o respeito e admiração pelo exemplo de vida e de obra.

ÍNDICE SISTEMÁTICODO CÓDIGO CIVIL

PARTE ESPECIAL

LIVRO I — DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Título I — DAS MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES(arts. 233 a 285)

Capítulo I — Das obrigações de dar

Seção I — Das obrigações de dar coisa certa

Art. 233

Art. 234

Art. 235

Art. 236

Art. 237

Art. 238

Art. 239

Art. 240

Art. 241

Art. 242

Seção II — Das obrigações de dar coisa incerta

Art. 243

Art. 244

Art. 245

Art. 246

Capítulo II — Das obrigações de fazer

Art. 247

Art. 248

Art. 249

Capítulo III — Das obrigações de não fazer

Art. 250

Art. 251

Capítulo IV — Das obrigações alternativas

Art. 252

Art. 253

Art. 254

Art. 255
Art. 256
Capítulo V — Das obrigações divisíveis e indivisíveis
Art. 257
Art. 258
Art. 259
Art. 260
Art. 261
Art. 262
Art. 263
Capítulo VI — Das obrigações solidárias
Seção I — Disposições gerais
Art. 264
Art. 265
Art. 266
Seção II — Da solidariedade ativa
Art. 267
Art. 268
Art. 269
Art. 270
Art. 271
Art. 272
Art. 273
Art. 274
Seção III — Da solidariedade passiva
Art. 275
Art. 276
Art. 277
Art. 278
Art. 279
Art. 280
Art. 281
Art. 282

Art. 283
Art. 284
Art. 285
Título II — DA TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES (arts. 286 a 303)
Capítulo I — Da cessão de crédito
Art. 286
Art. 287
Art. 288
Art. 289
Art. 290
Art. 291
Art. 292
Art. 293
Art. 294
Art. 295
Art. 296
Art. 297
Art. 298
Capítulo II — Da assunção de dívida
Art. 299
Art. 300
Art. 301
Art. 302
Art. 303
Título III — DO ADIMPLEMENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES (arts. 304 a 388)
Capítulo I — Do pagamento
Seção I — De quem deve pagar
Art. 304
Art. 305
Art. 306
Art. 307
Seção II — Daqueles a quem se deve pagar

Art. 308
Art. 309
Art. 310
Art. 311
Art. 312
Seção III — Do objeto do pagamento e sua prova
Art. 313
Art. 314
Art. 315
Art. 316
Art. 317
Art. 318
Art. 319
Art. 320
Art. 321
Art. 322
Art. 323
Art. 324
Art. 325
Art. 326
Seção IV — Do lugar do pagamento
Art. 327
Art. 328
Art. 329
Art. 330
Seção V — Do tempo do pagamento
Art. 331
Art. 332
Art. 333
Capítulo II — Do pagamento em consignação
Art. 334
Art. 335
Art. 336

Art. 337
Art. 338
Art. 339
Art. 340
Art. 341
Art. 342
Art. 343
Art. 344
Art. 345
Capítulo III — Do pagamento com sub-rogação
Art. 346
Art. 347
Art. 348
Art. 349
Art. 350
Art. 351
Capítulo IV — Da imputação do pagamento
Art. 352
Art. 353
Art. 354
Art. 355
Capítulo V — Da dação em pagamento
Art. 356
Art. 357
Art. 358
Art. 359
Capítulo VI — Da novação
Art. 360
Art. 361
Art. 362
Art. 363
Art. 364
Art. 365

Art. 366
Art. 367
Capítulo VII — Da compensação
Art. 368
Art. 369
Art. 370
Art. 371
Art. 372
Art. 373
Art. 374
Art. 375
Art. 376
Art. 377
Art. 378
Art. 379
Art. 380
Capítulo VIII — Da confusão
Art. 381
Art. 382
Art. 383
Art. 384
Capítulo IX — Da remissão das dívidas
Art. 385
Art. 386
Art. 387
Art. 388
Título IV — DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES (arts. 389 a 420)
Capítulo I — Disposições gerais
Art. 389
Art. 390
Art. 391
Art. 392

Art. 393
Capítulo II — Da mora
Art. 394
Art. 395
Art. 396
Art. 397
Art. 398
Art. 399
Art. 400
Art. 401
Capítulo III — Das perdas e danos
Art. 402
Art. 403
Art. 404
Art. 405
Capítulo IV — Dos juros legais
Art. 406
Art. 407
Capítulo V — Da cláusula penal
Art. 408
Art. 409
Art. 410
Art. 411
Art. 412
Art. 413
Art. 414
Art. 415
Art. 416
Capítulo VI — Das arras ou sinal
Art. 417
Art. 418
Art. 419
Art. 420

PARTE ESPECIAL

LIVRO I
DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Da evolução do estudo e da unificação do Direito das Obrigações e o novo Código Civil. Quando, no Direito Romano, os jurisconsultos conseguiram distinguir os direitos reais dos obrigacionais, criaram uma teoria para cada um deles. Foi então que fixaram um conceito que se consagrou no tempo, o das Institutas 3, 13, pr. — *vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solenae rei*, ou seja, da obrigação como um vínculo de direito que nos constrange a pagar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Àquela época entendia-se que as obrigações nasciam pelo contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito. À evidência, nos tempos atuais não falamos mais em tal quadro, mesmo porque não há na teoria do direito a figura do "quase".

Conforme Clóvis Beviláqua, o fundamento das obrigações é a boa-fé, citando formulação de Stuart Mill (publicista e filósofo inglês), para quem não há outro fundamento, sob pena de funestas conseqüências pela falta de confiança mútua entre as pessoas. Daí poder Clóvis concluir que o fundamento é o interesse da sociedade harmonizado com o dos indivíduos.

Para se chegar a tal evolução, houve que se passar por diversas fases distintas na história da humanidade.

Assim é que, nos tempos primitivos, as relações sociais eram coletivas, razão pela qual as obrigações também nasceram coletivas. Dentro das coletividades surgiam obrigações impostas aos seus integrantes para que pudessem permanecer no grupo. Tais imposições eram ditadas por aquele que detinha o controle religioso, ou decorrente da chefia bélica, e após a chefia familiar. Nesse tipo de sociedade a propriedade também era coletiva.

Portanto, para se estabelecerem quaisquer trocas, tinham elas de ser por intermédio dos grupos, o que, evidentemente, dificultava muito as relações negociais. As relações que surgem são, pois, de grupo a grupo, tal a origem das relações obrigacionais. A celebração do negócio, é óbvio, não requeria a presença de todo o grupo, que se fazia representar pelo chefe.

O não-cumprimento do pactuado, logicamente, levava os grupos ao conflito

armado, que só mais tarde foi substituído por multas para aplacar a cólera do grupo credor impago.

O crescimento dos grupos resultou na dificuldade do controle pelo chefe único, dando ensejo à libertação dos indivíduos, que passam a desenvolver suas atividades sem submissão prévia à chefia grupal.

Exemplo dessa mudança no tempo Clóvis nos dá com base em H. Post (jurista alemão), que mostra que para a sobrevivência dos grupos, ocorrendo a falta de mulheres em alguns deles, faziam a aquisição delas junto a outro grupo, havendo contribuição de cada membro dentro do seu grupo. Com o tempo, isso foi ficando restrito aos grupos familiares, para finalmente restringir-se ao próprio noivo quando da aquisição da sua esposa, o qual, então, fazia o pagamento ao chefe do outro grupo.

Basicamente as obrigações que mais se desenvolveram foram as decorrentes dos ilícitos, visto que a forma contratual era reduzida às trocas, pela falta de confiança recíproca. No tocante aos ilícitos, passou-se da fase da vingança para a da prestação forçada de serviços e por fim ao pagamento de certa quantia.

Já no âmbito do Direito português perdurou a sanção extremamente cruel, no plano pessoal, para os ilícitos, particularmente para o homicídio doloso, citado por Clóvis, com base em Herculano, na *História de Portugal*, v. IV, referindo o Foral de Mormeral. Ali se previa que o homicida doloso devia ser enterrado vivo, abaixo da vítima, além de ter seus bens confiscados, passando os móveis para o senhor da terra e os bens de raiz para o conselho... Ainda em Portugal, a não-satisfação dos danos podia levar o réu à escravidão.

A verdadeira evolução no sentido da obrigação individual, porém, tem-se com as relações para o futuro, particularmente com as prestações de serviços individuais. Mas o descumprimento da obrigação era considerado crime, por ser violação ao direito. Passou-se, em diversos povos, a admitir a garantia pessoal quanto ao cumprimento da obrigação, com o que o inadimplemento ensejava a submissão pessoal do devedor, que podia até ser adjudicado ao credor.

De inesquecível memória, ainda no Direito Romano das XII Tábuas, o devedor insolvente podia ser preso e metido a ferros pelo credor, que só tinha de dar-lhe para o sustento uma libra de farinha, e, passados três dias, se não conseguisse o réu, no mercado, obter meios para a satisfação do débito, podia ser morto, ou vendido além Tibre (rio que, então, simbolizava os limites da *cives* romana). E, se fossem diversos os credores, podia ser esquartejado em partes tantas quantos fossem os credores: *partis secanto; si plus minusve secuerint nec fraude esto*.

Tal prática só se encerrou com a *Lex Poetelia Papiria* (que aboliu a sanção pessoal, passando à patrimonial).

Predominava a idéia de que a obrigação contratual era uma cadeia, ou seja, o *vinculum*.

O espírito inquieto dos seres humanos levou-os a ultrapassar suas fronteiras, inicialmente encontrando a morte, até que a inteligência começou a permitir a relação negocial, que de imediato se expandiu, fazendo nascer contratos entre grupos e depois entre pessoas de diferentes nacionalidades.

Começa, logo após, o uso da simbologia, não só para garantir o trânsito pelo território estrangeiro, como para representar a mercadoria.

Na seqüência surgem as teorias contratuais, e a evolução da troca para a compra e venda. Da formalidade para a celebração até a regulação do adimplemento, ainda de forma solene, com o *nexum liberatio.*

Nessa origem romana das obrigações chegou-se a uma conceituação quase que uniforme, como diz Franco Pastori, em *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano: Ed. Cisalpino, 1951, p. 8:

"In tutte le monografie, che considerino anche temi diversi dalla *obligatio*, ma in cui la soluzione dei problemi ad essa relativi sai necessaria premessa, è accolta l'opinione che *l'obligatio*, alle origini, fosse costituita da una situazione materiale di prigionia cui si connette la natura di vincolo di responsabilità e, pur con sfumature di pensiero, si ammette che anche in epoca storica, in cui il vincolo si presenta idealizzato, *l'obligatio* non si sarebbe ancora emacipata da quella natura.

Alla mentalità di noi moderni, senza dubbio, riesce molto strana la figura della prigionia materiale quale stadio arcaico della *obligatio*, per la impossibilità di spiegare sulpiano della logica la inadeguatezza tra strutura e funzioni dell'istituto".

Mas, ao final do período romano tem-se uma modificação que evidencia visão sempre através e em favor do credor, como conclui o mesmo autor (p. 306):

"Il profilo dogmatico del rapporto obbligatorio deve dunque vedersi in ogni epoca nella situazione di preminenza in cui è posto l'interesse del creditore in ordine alla prestazione e nel correlativo dovere che incombe al debitore; il profilo storico nell'evoluzione degli strumenti attraverso i quali l'ordinamento giuridico nelle varie epoche opera, di fronte all'invariabilità del fenomeno giuridico".

Se fizermos um largo salto no tempo podemos chegar à época das codificações, a começar pela francesa, que tem suas raízes no Direito Romano.

Verificaremos, como diz John Gilissen (historiador do Direito, de nacionalidade belga), que se chegou a um resultado diferente do Direito Romano clássico, porque:

"Nas sociedades arcaicas e nas sociedades de tipo feudal, o direito das obrigações está pouco desenvolvido: baseadas numa economia fechada, elas conhecem poucos contratos; a liberdade de dispor dos seus bens é limitada; os laços entre os indivíduos estão fixados de forma quase permanente pela solidariedade clânica ou familiar.

Pelo contrário, nas sociedades desenvolvidas, o direito das obrigações desempenha um papel essencial..." (*Introdução histórica ao direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 729).

Assim, o Direito das Obrigações recebeu a contribuição de cada fase de desenvolvimento social, como a do comércio medieval e a do Direito Canônico, verificando-se nestes dois últimos séculos uma tendência a sua unificação (civil e comercial), a qual por vezes visa até mesmo a unificação do direito privado.

Como demonstrou Agostinho Alvim, relator do Livro do Direito das Obrigações do novo Código Civil, em exposição ao Instituto dos Advogados Brasileiros, em novembro de 1972, no Brasil a proposta inicial de Teixeira de Freitas, nos idos de 1867, foi da unificação de todo o direito privado, mas, mesmo com todo seu prestígio, indubitavelmente merecido, não alcançou êxito. Aliás, anota Alvim que nem mesmo na Argentina, em que a influência de Teixeira de Freitas foi marcante na elaboração do projeto de Código por Vélez Sarsfield, que resultou no Código argentino, Lei n. 340, de 29-9-1869, esta proposta foi aceita.

Durante a tramitação do projeto de Clóvis Beviláqua no Congresso Nacional, em 1911, o governo encarregou Inglês de Souza de fazer projeto unificando o direito privado. Mas Ruy Barbosa manifestou dificuldade para saber do propósito do relatório do governo, se o que se queria era a unificação do direito privado todo, ou só do Direito das Obrigações.

De qualquer forma tal proposta não chegou a prosperar, porque o projeto de Clóvis, de 1899, acabou sendo aprovado, e promulgado, como se sabe, em 1º-1-1916, para entrar em vigor em 1º-1-1917.

Passados mais de vinte anos do início de sua vigência, por forte influência de alguns países europeus, entendeu o governo ser definitivamente vantajosa a unificação do Direito das Obrigações em um Código.

Assim é que, em 1941, foi nomeada a comissão composta por três juristas de escol e que, além disso, integravam a Suprema Corte: Orozimbo Nonato,

Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães. Esse projeto de *Código de Obrigações* mereceu de Agostinho Alvim, nos idos de 1947, as seguintes observações: “Ao lado das leis e obras nacionais relativas ao direito anterior e ao vigente invocamos também, muitas vezes, o Anteprojeto de Código das Obrigações, marco avançado de nossa cultura jurídica atual, documento que merece lido e meditado, sem embargo do entrechoque de opiniões, no tocante à inovação que pretendeu introduzir”.

Novamente fracassou a idéia da unificação do Direito Obrigacional, não tendo o anteprojeto sido convertido em lei.

Após quase outros vinte anos, voltou-se a ventilar sobre a unificação do Direito das Obrigações, ao lado da reforma do Código Civil. Em 1963, o governo encarregou o grande jurista Orlando Gomes, até então professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Bahia, da função de elaborar um anteprojeto de Código Civil, mas, ao atribuir-lhe tal função, excluiu o chamado Código de Obrigações, incumbindo ao grande mestre mineiro, radicado no Rio de Janeiro, Caio Mário da Silva Pereira, então Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Minas Gerais, a tarefa de elaborá-lo.

Justificavam eminentes juristas a dualidade de Códigos afirmando: “Reduzida a dualidade de princípios aplicáveis aos negócios civis e mercantis, em prol da unificação de preceitos que devem reger todas as relações de ordem privada...”. Daí se ter um Código de Obrigações único envolvendo o Direito Civil e o Direito Comercial.

O próprio Orlando Gomes, que tinha sido incumbido de elaborar o anteprojeto do Código Civil, assim escreveu: “Fora melhor conservar o Direito das Obrigações no corpo do Código Civil. O propósito principal da separação é a desejável unificação do Direito Privado. Mas poderia ser alcançado sem amputação. Realizou-o, conservando a unidade do Código Civil, o direito italiano. Motivo não havia para adotar a orientação do legislador suíço, justificada, nesse País, pela estrutura confederativa.

A idéia de elaborar um Código de Obrigações à parte, confiada a tarefa a outros juristas, apresenta, ademais, o inconveniente de ensejar possíveis desajustamentos, mormente se em conta se leva a falta de sincronização no preparo dos dois projetos. Mas é sobretudo infeliz pela quebra da sistemática, cujo valor reside no fato de ser o resultado de uma determinação mais precisa do conteúdo dos institutos particulares e das relações ou nexos que entre os vários institutos se estabelecem. Contudo, o ajustamento não será difícil se, ao se cumprir o propósito da reforma, o legislador se dispuser a integrar, no Código

Civil, o de Obrigações, para fazer daquele uma peça inteiriça" (*Código Civil*: Projeto Orlando Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 4).

No plano internacional, a tentativa de unificação do Direito Obrigacional começava a ganhar corpo. O marco de tal idéia foi uma conferência proferida por Scialoja, um dos maiores juristas da Itália, na Universidade Sorbonne, em 1918. Segundo o mestre italiano, não se propunha um Código que englobasse todo o direito privado, como de uma nação; mas vários Códigos, cada um dos quais disciplinando uma parte do direito privado, destinados a vigorar em várias nações, o que se impunha pela necessidade, "della communitas gentium sempre più progrediente nella civilità moderna".

Por influência de Scialoja, Itália e França resolveram unir esforços para tentar elaborar um projeto comum de Código de Obrigações e Contratos. Esse projeto foi apresentado em 1926, e curiosamente não alcançou tramitação em nenhum dos países, pois em ambos os Congressos foi o projeto posto de lado.

No âmbito latino-americano o Professor Rubens Limongi França, da Universidade de São Paulo, desenvolveu um projeto de unificação do Direito Obrigacional e Contratual para a América Latina, em 1974, que chegou a veicular como obra trilíngüe, editada pela Revista dos Tribunais, em 1976 — *La unificación del derecho obligacional y contractual latinoamericano* —, como "testemunho de nossa crença, em que a unificação do direito das obrigações e dos contratos, entre os países latinos do nosso Continente, sendo indispensável à sua integração, é fator de equilíbrio político-econômico mundial".

Tal trabalho se inspirou no *Rapport sur le projet d'un Code des Obligation et Contrats commun a la France et à l'Italie*, subscrito pelos mestres Henri Capitant e Roberto de Ruggiero, onde disseram: "l'uniformité du Droit Privé entre les États les plus civilisés est um problème qui s'impose, par suite de la nécessité de cette 'Communitas gentium', toujours plus en progrès dans les civilizations modernes".

A tentativa restou isolada e sem apoio dos governos latino-americanos.

O certo é que o pensamento de unificação de todo o direito privado, inclusive com expansão no Direito Internacional, apresenta dificuldades, mas volta, no momento atual, com maior intensidade no âmbito contratual, com a proposta concreta do *Il Codice Civile Europeo*, cuja comissão encarregada da redação do projeto é composta pelos Professores Ole Lando, Hugh Beale e Christian von Bar, desde 1999, ano que marcou a apresentação do *Principles of European Contract Law*, também e mais conhecido como *Unidroit Principles for International Commercial Contracts*, elaborado pela "Academia de

Jusprivatistas Europeus", e posto a debate como o anteprojeto de "*Código Europeu de Contratos"*, conforme versão publicada em italiano pela Editora Giuffrè, de Milano, em 1999.

No sentido de existirem Códigos nacionais e não haver unificação, portanto com posição favorável aos dois Códigos, cita-se o modelo da Suíça, pioneira nesse sistema, e referida pelo professor Caio Mário, na crítica à orientação do novo Código em ser único e unificar as obrigações.

Na mesma linha pronunciou-se o professor paranaense Rubens Requião, destaque do Direito Comercial brasileiro, ao comentar o anteprojeto (...) "mais razoável permanecêssemos no sistema da codificação dualista, como nos projetos de 1965, inspirado no modelo suíço, de um Código Civil e de um Código de Obrigações, e não com o incômodo sistema colado dos italianos" (Projeto de Código Civil — apreciação crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (Das Obrigações), *RT*, v. 64, n. 477, p. 11-27, jul. 1975, especialmente p. 12).

Agostinho Alvim, em resposta a tais críticas, disse que, em 1874, o Governo Federal Suíço passou a ter competência legislativa sobre o direito privado, porque até então era exclusiva dos "cantões", que compunham cada unidade federativa. A outorga dada ao Governo Federal Suíço, no entanto, foi limitada, não sendo permitido a este criar um Código Civil Federal Suíço, sendo que a única brecha constitucional foi optar pelo Direito das Obrigações (Constituição de 1874). Daí nascer o chamado Código das Obrigações. Mais tarde, quando teve competência plena, o Governo Federal Suíço fez um Código Civil completo, que, então, incorporou o Código das Obrigações como o Livro V do Código Civil. Logo, até a Suíça, que é citada pelo seu Código Civil e das Obrigações, hoje tem a matéria de Obrigações em um livro do Código Civil Geral.

Agostinho Alvim, na sua exposição de motivos sobre o exemplo suíço, disse expressamente: "em testemunho do que vimos de afirmar que a existência de dois Códigos só representava necessidade política momentânea, com base na Constituição Suíça de 1874: a prova disso está em que, mais adiante, o Código Federal das Obrigações incorporou-se com o Código Civil".

A unificação das obrigações civis e comerciais num único Código Civil é uma tendência universal, como se vê nos recentes Códigos da Província de Quebec, Canadá, vigorando desde 1º-1-1994, e da Holanda, com vigência, a partir de 1992, quanto aos três últimos livros. No Paraguai, o novo Código Civil, em vigor a partir de 1º-1-1986, unifica os dois ramos, e nesse caminho também os projetos elaborados ultimamente na Argentina.

Necessário ressaltar a mudança da topologia do nosso novo Código, que, diferentemente do Código de 1916, colocou o Livro relativo às Obrigações em seguida ao da Parte Geral. E isso segue uma razão lógica, pois a parte das Obrigações tem uma interligação extremamente importante com aquela, que é de tal maneira claro que do anteprojeto do Código Civil de Orlando Gomes não constava uma com Parte Geral; todavia, o Projeto do Código de Obrigações de 1963, elaborado por Caio Mário, contava com uma parte dita "introdutória" que, na verdade, passava as regras gerais e fundamentais para deixar inteligível a matéria obrigacional, com uma parte tratando dos "Fatos jurídicos" e "Negócios jurídicos" (sempre tratada na Parte Geral).

O Livro I da Parte Especial está dividido em dez títulos, a saber:

Comparação

Código Civil de 1916 Parte Especial Livro III		**Código de 2002 Parte Especial Livro I**
Título I	Das modalidades das obrigações	Das modalidades das obrigações
Título II	Dos efeitos das obrigações	Da transmissão das obrigações
Título III	Da cessão de crédito	Do adimplemento e extinção das obrigações
Título IV	Dos contratos	Do inadimplemento das obrigações (originalmente se chamava "Inexecução das obrigações e suas conseqüências")
Título V	Das várias espécies de contratos	Dos contratos em geral
Título VI	Das obrigações por declaração unilateral da vontade	Das várias espécies de contrato

Título VII	Das obrigações por atos ilícitos	Dos atos unilaterais
Título VIII	Da liquidação das obrigações	Dos títulos de crédito
Título IX	Do concurso de credores	Da responsabilidade civil
Título X		Das preferências e privilégios creditórios

O anteprojeto original do Livro das Obrigações, elaborado por Agostinho Alvim, regulava a matéria dos arts. 227 a 928, a parte relativa aos *títulos de crédito*, do art. 929 ao 968, a responsabilidade civil, do art. 969 ao 996, enquanto a parte das preferências de créditos privilegiados era tratada do art. 997 ao art. 1.008. O texto aprovado com as emendas na Câmara e no Senado sofreu cinqüenta e uma alterações, inclusive supressivas, ficando contidas do art. 233 ao 965.

Para entender as mudanças conceituais, que se refletem neste Livro do Direito das Obrigações, é preciso ter presente que o Código Beviláqua foi elaborado ao tempo de uma economia estável, moeda com valor definido, uma sociedade machista e elitista, relações civis centradas na propriedade imobiliária, economia recém-saída de um regime de escravidão, que, em vez de dirigir-se para a indústria, investia só no comércio litorâneo e na terra para seu fortalecimento e segurança.

O projeto do presente Código alterou substancialmente essa matriz, porque teve diante de si outro tipo de sociedade e de cultura. Assim, abandona a posição individualista para afirmar *que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 431),* princípio este que inaugura o título relativo aos "Contratos em geral", dando a tônica de como a matéria deverá ser tratada pelo intérprete.

No estudo das obrigações não se vê exclusivamente a figura proeminente do credor, posto que se está diante de uma relação jurídica entre dois sujeitos de igual valor. Assim, não se pode admitir a visão de prisão pelo vínculo, mas a idéia de que a liberdade do devedor é que é o fundamento, como já antevisto por

Carnelutti, pois a liberdade é que ficou afetada pela relação obrigacional nascida, relação que, com o adimplemento pelo devedor, vai ser dissolvida, e a plenitude da liberdade juridicamente garantida restabelecida para quem a conquistou por sua própria atividade.

Da visão clássica do Direito das Obrigações focada no vínculo, de caráter estritamente pessoal, que não permitia qualquer alteração subjetiva, transforma-se o estudo para ir além do crédito e sua satisfação. Passa-se a ver a obrigação como uma relação complexa, como refere Karl Larenz, e é enfatizado dentre nós a partir de Orlando Gomes e mais ainda na obra de Clóvis do Couto e Silva, que a refere como processo.

O contrato, que é fonte voluntária das obrigações, torna-se um instrumento da cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da comutatividade, há que preservar a igualdade dos sacrifícios, que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força da lei que busca a concretização dos princípios fundamentais.

O contrato, tal qual a obrigação, relação jurídica complexa, é um processo que, como ensina o eminente Professor Clóvis do Couto e Silva, tem dinamismo e somente chegará ao seu bom êxito se contar com a colaboração leal dos dois participantes. Não há mais, segundo o novo Código, o velho protagonista "contratante", mas *os contratantes*, em constante interação, com respeito à posição e aos interesses de cada um (*A obrigação como processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976).

Novos tempos no Direito hão que significar prevalência de valores.

Expressiva lição nesse sentido se tem em Pietro Perlingieri, em *Profili istituzionali del diritto civile* (Jovene: Ed. Camerino, 1975, p. 169), ao estudar o Dever e a Obrigação. Diz o mestre italiano que quando se é introduzido no tema de situações subjetivas, e mais particularmente no direito subjetivo, se nota que uma grande parte da doutrina atribui relevância exclusivamente às situações ativas, e outra parte dá prevalência à situação passiva. Deixando de lado qualquer possível precedência cronológica, as situações ativas e passivas só podem ser compreendidas se analisadas na globalidade da relação concreta, na qual encontram sua própria justificação. Nessa perspectiva também se pode constatar que a situação subjetiva devedora não se traduz num simples dever ou obrigação de uma parte diante da outra (situação credora), mas sim que em relações concretas fica revelada uma série de direitos coligados. É o que se extrai da situação devedora, em que o devedor tem o interesse, tutelado concretamente na regulação da relação, de adimplir a prestação, e o poder relativo de constituir

em mora o credor, quando este não cooperar para o adimplemento.

Convém lembrar Genaro Carrió (*Sobre el concepto de deber jurídico,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, p. 14-15):

"En los contextos o discursos del tercer tipo — el lenguaje de los teóricos (generales) del derecho, de los jusfilósofos, de los cultores del derecho político — nos damos con un uso general de las expresiones 'obligación jurídica' y 'deber jurídico' que abarca todos los campos del derecho. (En italiano se emplea, en estos casos, 'obbligo' y no 'obbligazione').

Hart sostuvo que, sin duda, era este uso indiferenciado de 'deber jurídico' el que habría de merecer, más que los otros, nuestra atención...".

Daí se poder dizer que o dever jurídico significa a correlação genérica de um sujeito em face do outro, ou outros, ou seja, uma situação de conteúdo genérico que não especifica só um comportamento determinado. Substancialmente, o titular de um dever jurídico deve uma cooperação genérica que se exaure, quando menos, num comportamento de abstenção ou negativo. De tal sorte que o dever de solidariedade do art. 3º, I, da Constituição Federal, enquanto integrante da sociedade nacional, em verdade, representa deveres de conteúdo genérico, ainda que suscetíveis de determinação em relações concretas.

Da mesma forma quanto à obrigação, que em geral tem na prestação um dever específico, que pode ser positivo ou negativo. Todavia o dever obrigacional de adimplir não se justifica somente como uma obrigação, mas sim como parte do conteúdo de uma situação subjetiva mais complexa, como a situação devedora, que corresponde a alguns direitos.

Há, porém, que se acrescer às observações que foram feitas no art. 1º, quanto à distinção entre dever e obrigação, outras de maior profundidade, para permitir melhor compreensão do presente Livro do Código.

Enquanto tradicionalmente nos referimos aos deveres como gênero, falamos em obrigações como espécie de dever. O dever se contrapõe a um poder, portanto, quem está em subordinação sofre a imposição de deveres por parte de quem tem poder, ou potestade, que é esfera não tão ampla, mas que distingue, particularmente da figura do poder, como corretamente se deve usar no sentido de inaugural.

Na doutrina tradicional se via clara distinção entre dever e obrigação, pelo simples caráter patrimonial. Nesse sentido Paul Roubier, em *Droits subjetctifs et situations juridiques,* Paris: Dalloz, 1963, p. 102, onde afirma que a diferença exata está em que o dever jurídico não pode ser computado no passivo do patrimônio de quem o tem.

Mas, para os que vêem a obrigação ligada à liberdade, e com implicação na solidariedade, a diferença não se põe por aí. Assim é que Emilio Betti, na *Enciclopedia del Diritto* (Milano: Giuffrè), verbete "dovere", diz que no que tange à extinção do dever há que se distinguir entre os deveres que se enquadram na relação obrigacional, para os quais vale a regra de que se extinguem com o adimplemento, enquanto os deveres, que são, como os poderes, explicação da capacidade, legitimação, têm caráter perene, permanecem idênticos mesmo com sucessivo adimplemento.

Ainda em Betti, mas agora no *Cours de droit civil comparé des obligations* (Milano: Giuffrè, 1958, p. 8 e s.), tem-se clara a distinção entre as situações decorrentes de relações de direitos reais em face das de obrigações. Nas relações que são a base dos direitos reais está uma questão de *atribuição* de bens, que procura a solução mais convenientemente, conforme as valorações em geral seguidas pela sociedade; ao contrário, nas relações obrigacionais, está uma questão de *cooperação* entre sujeitos dotados de autonomia jurídica, por conseqüência independentes um do outro, que visa a solução mais apropriada para compor o conflito dos interesses, existentes ou latentes, que irão produzir-se entre eles, na seqüência do ato ou fato que os ligará.

Enquanto a obrigação se refere a sujeitos determinados ou determináveis, e, normalmente implica sanção patrimonial, caracteriza-se, também, pela sua temporalidade, repugnando ao seu conceito a idéia de perpetuidade.

Lembrando Carnelutti, a obrigação prevê a liberdade, quer no nascimento, quanto às voluntárias, quer no seu fim, que é o de o devedor voltar a alcançá-la diante do credor, com o adimplemento.

Aliás, autores que se detêm no estudo da distinção entre crédito e responsabilidade (Schuld e Haftung) fazem-no com base na sua natureza jurídica, como Fábio Konder Comparato (*Essai d'analise dualiste de l' obligation en droit privé*, Paris: Dalloz, 1964, p. 162-169). Aduz o autor que, na relação débito-crédito, há um plano de igualdade entre credor e devedor, pois, no domínio da vontade e da liberdade. Já na responsabilidade decorrente do inadimplemento, o equilíbrio deixa de existir, o devedor inadimplente fica em sujeição, porque a legítima expectativa da prestação se transforma em poder de constrangimento.

De maneira mais didática referimos à distinção no livro para nível de bacharelado, de nossa autoria, *Curso avançado de direito civil*: parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, Cap. 8.

Para ingressar no exame direto dos dispositivos deste Livro, tem-se, ainda, de

fazer a seguinte observação: o novo Código não trata das fontes das obrigações como o fazem alguns Códigos tradicionais, iniciando o Livro diretamente pelas denominadas “Modalidades”.

As fontes, como referidas pelos Códigos tradicionais, são absolutamente dispensáveis, uma vez que foram apostas muito mais com fins didáticos. Ademais, hoje em dia há os que reduzem a uma única fonte, à lei, enquanto outros vão aludir a fontes imediatas e mediatas, mencionando a lei, a vontade e as decisões judiciais.

Os critérios de classificação das modalidades variam na doutrina, muito embora o adotado pelo Código seja o mais tradicional. Há que se lembrar que muitos autores buscam a classificação em relação à prestação. Outros começam por classificá-las em função dos sujeitos.

De alguma maneira a classificação dita como relativa às modalidades reflete tipos de obrigações que estão presentes em todo e qualquer sistema, dar, fazer ou não fazer, que também permitiu a alguns a classificação de obrigações positivas e negativas.

TÍTULO I
DAS MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

CAPÍTULO I
DAS OBRIGAÇÕES DE DAR

Seção I
Das obrigações de dar coisa certa

Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 864. A obrigação de dar coisa certa abrange-lhe os acessórios, posto não mencionados, salvo se o contrário resultar do título, ou das circunstâncias do caso.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, referindo-se

especialmente ao contrato de compra e venda, art. 1.615; Código Civil argentino, art. 575; Código Civil paraguaio, art. 463.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1979. DE PAGE, Henry. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1964. t. deuxième. DINIZ, Maria Helena. Obrigação de dar. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 55. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: *das modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, s. d. Jorge Giorgi. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1928. v. 2. GOMES, Orlando. *Direito das obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. I. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Madrid: Ed. Civitas, 1977. RESCIGNO, Pietro. *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, v. 29, 1958. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. v. 1.

COMENTÁRIOS: ***Definição e modalidades da obrigação de dar.*** A obrigação de dar é referida como obrigação positiva, por imputar uma conduta ativa ao obrigado e não uma omissão. É conceituada, segundo Clóvis Beviláqua (*Direito das obrigações*, p. 54), como aquela cuja prestação consiste na entrega de uma coisa móvel ou imóvel, seja para constituir um direito real, seja somente para facilitar o uso, ou ainda a simples detenção, seja, finalmente, para restituí-la ao seu dono.

Relacionar-se-á a um direito real, constituindo *obrigação de dar na*

modalidade transferir, conforme Agostinho Alvim, se o credor receber a coisa para instituir sobre ela um direito real. É o que ocorre, por exemplo, quando se assume obrigação de, como devedor (vendedor), entregar uma coisa para o credor (adquirente) constituir sobre ela seu direito de propriedade. É verdade que, no nosso sistema, esse direito real, que no caso é o de propriedade, só se efetivará com a tradição da coisa móvel (art. 1.266) ou o registro da transmissão de propriedade da coisa imóvel no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.244), opção legislativa fiel à tradição romana, pela qual o negócio que estabelece tal relação obrigacional não basta para a criação de um direito real.

No Direito Romano, como aponta Antunes Varela: "quer a prestação tivesse por objeto coisa certa, quer recaísse sobre coisa indeterminada, o respectivo contrato de alienação não envolvia 'translação' do domínio da coisa: esta só se operava mediante um ato jurídico posterior. O contrato de alienação tinha assim sistematicamente como efeito uma obrigação de 'dare', destinada a transferir o domínio sobre a coisa para o adquirente, sem prejuízo da eventual obrigação de 'tradere rem'" (*Das obrigações em geral*, p. 74).

Nosso sistema é claro em fixar somente um direito de exigir a prestação para o credor. Nascida a obrigação, não se tem, desde logo, a transmissão da propriedade. Bem por isso não nasce um direito real. Quando ocorrer a transmissão, aí sim, passará o credor à condição de proprietário, ou possuidor com título, conforme a hipótese do negócio de que se originou a obrigação. Nesse sentido, também, a manifestação de Maria Helena Diniz, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, ao evidenciar que somente com a tradição (para móveis) e com a transcrição (para imóveis) é que se opera a transferência da propriedade (p. 327).

O Código é expresso nesse sentido, como se vê do art. 1.245 e seus parágrafos, quanto aos imóveis, e do art. 1.267, *caput*, quanto aos móveis.

É totalmente diferente o regime jurídico da obrigação de dar nos sistemas do direito francês, italiano e português, nos quais a assunção da obrigação de dar implica transmissão da propriedade.

O Código Napoleônico, visando refletir os valores revolucionários, entendeu que propriedade e contrato eram figuras centrais, pelas quais se expressavam os princípios de igualdade e liberdade. Todos teriam igual oportunidade de se tornarem proprietários e a todos era deferida a liberdade de contratar. Assim, para facilitar o acesso à propriedade, usou-se o contrato.

São claras as palavras de Portalis no *Discurso preliminar al Código Civil francés* (p. 90): "Los contratos y las sucesiones son los grandes modos de

adquirir aquello que uno no tiene todavía y de disponer de lo que uno tiene".

Daí se ter o disposto no art. 1.138 do Código Civil francês:

"Art. 1.138. A obrigação de entregar a coisa é perfeita pelo simples consentimento das partes contratantes.

Torna ela o credor proprietário e deixa a coisa a seu risco desde o momento em que devia ela ser entregue, ainda que a tradição não tenha sido feita, a não ser que o devedor esteja em mora de entrega, caso em que a coisa fica a risco deste último".

Quanto ao Código Civil português, explica Antunes Varela:

"No direito português vigente (art. 408º, I), tal como no domínio da legislação anterior (art. 715º do Código de 1867), a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada pode dar-se (e opera-se em regra) por mero efeito do contrato. A prestação da coisa, nesses casos, é uma simples obrigação de 'entrega', tendo como fim a transmissão da posse, visto que a transferência do domínio ou a constituição de outro direito real se obteve já com a mera celebração do contrato" (*Das obrigações em geral*, p. 74).

Da diversidade de regimes, surgem conseqüências totalmente distintas. Assim é que, no nosso direito, o inadimplemento da obrigação de dar gera responsabilidade, não só quanto à integridade da coisa, que remanesce de propriedade e posse do devedor, o qual deverá indenizar o credor pelas perdas e danos (art. 389). Ao credor não cabe qualquer interdito possessório.

Já nos países em que o simples contrato transmite a propriedade e a posse, o regime é totalmente diverso, pois o credor terá remédio possessório.

Na *obrigação de dar na modalidade de entregar* não se visa a transmissão da propriedade da coisa, mas, sim, simplesmente facilitar o uso, conferir posse ou a mera detenção dela pelo credor. Isso ocorre na entrega de coisa ao locatário, ao comodatário e ao preposto. Quanto a esta última hipótese, o exemplo é o do caso de entrega, pelo empregador ao empregado, de bem corpóreo, para que este possa cumprir sua função, como no caso típico da entrega do veículo ao motorista para que preste seu serviço.

Hipótese particular e de regime diverso é a da *obrigação de dar na modalidade de restituir*. Aqui o devedor tem o dever de restituir ao credor coisa sobre a qual este último tem direito fundado em título. Tal situação ocorre, por exemplo, no depósito, em que o depositário tem o dever de, ao final do contrato, restituir a coisa ao depositante.

Tal hipótese pode, ainda, ocorrer quando vencido o prazo contratual em que se concedeu o uso, conferiu a posse, ou mesmo a detenção da coisa, como nos

casos de comodato de imóvel, em que, encerrada a relação contratual, deixa de existir posse como comodatário para surgir a obrigação de restituir o prédio ao comodante.

Essas distinções de tipos de obrigação de dar são adotadas por Orlando Gomes, com apoio em Antunes Varela. A distinção entre as três modalidades de obrigação de dar (*transferir, entregar e restituir*) é importante porque a cada uma caberá regime jurídico diferente.

O objeto da obrigação de dar coisa certa. Coisa certa é aquela que pode ser devidamente individuada, isto é, que se distingue de todas as outras. Por esse motivo, a obrigação de dar coisa certa é, também, dita, quanto ao objeto, *infungível*, ou seja, que não pode ser substituída por outra. De fato, constitui coisa certa aquela determinada quanto à espécie, ao gênero e à quantidade, insubstituível, pois. Orozimbo Nonato esclarece: "... espécie é palavra de que usa o nosso Código Civil na significação de indivíduo, de coisa determinada individualmente", e completa: "O nosso direito — convém reiterá-lo por evitar confusões e desentendimentos — emprega a palavra *gênero* com o significado de *espécie*, na linguagem científica" (*Curso de obrigações*, p. 213). Podemos citar como exemplo: uma casa será infungível na medida em que podemos precisar a cidade em que se localiza, o bairro, qual a rua, número e as confrontações com respectivas medidas. Trata-se de coisa certa porque na sua identificação são indicadas: a quantidade (uma), o gênero (casa) e a sua individuação (localização exata, área de terreno e especificação da construção), o que a torna única.

Acessoriedade quanto ao objeto mediato da obrigação de dar coisa certa. A obrigação em exame envolve uma obrigação positiva, de dar coisa certa e determinada, estipulada na relação obrigacional. Conforme o disposto no art. 92, o bem acessório depende do principal, pelo que a obrigação de dar coisa certa envolve os acessórios de tal coisa, ainda que não tenham sido mencionados expressamente.

Orozimbo Nonato, citando Paulino Neto, lembra que a relação de acessoriedade "estabelece uma vinculação, um nexo tal entre o principal e o acessório que põe o acessório ao serviço dos fins a que o principal se destina, ou de tal forma liga acessório e principal, que subordina a condição e a sorte de um à sorte e condição de outros" (*Curso de obrigações*, p. 216-217). Daí a regra geral do art. 92 deste Código.

No entanto, tal regra geral é excepcionada em duas situações, portanto situações em que os acessórios não seguirão a coisa principal: mediante prévia

estipulação no título objeto da relação obrigacional ou consoante as "circunstâncias do caso".

A primeira exceção é natural decorrência da autonomia privada, pois as partes, ao formar a relação jurídica, podem livremente estipular o seu conteúdo, delimitando a obrigação de dar coisa certa, incluindo ou excluindo os acessórios.

A segunda exceção, por sua vez, não se refere à previsão das partes, mas às circunstâncias do caso. Assim, analisados os fatos, segundo inclusive usos e costumes legais, os acessórios não acompanharão a coisa se, no caso específico, ficar evidenciado que a obrigação se reporta só à coisa principal e não inclui os acessórios. Exemplo ilustrativo de "circunstâncias do caso" é trazido por Orozimbo Nonato, citando Laurent: "o vendedor haveria reservado a propriedade de um prédio vizinho, e a situação deste como a do moinho atestavam que as águas seriam para irrigação antes de contribuir para força-motor do moinho de que, portanto, não são consideradas acessórias". Constatado, no caso ora exposto, que as águas do moinho não seriam utilizadas para sua atividade, elas deixam de ser a ele acessórias, uma vez que seriam desnecessárias para a sua exploração. Outro exemplo é trazido por Tito Fulgêncio, em sua obra *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações: "...como o caso dos fogões, que, conforme os usos locais, são colocados, não pelo proprietário, e sim pelo locatário, o que implica que não seriam uma dependência, um acessório do imóvel, e assim não compreendidos na venda deste" (p. 53). É de ressaltar, ainda, que a análise das ditas "circunstâncias do caso" deve levar em conta os usos e costumes locais.

Acessoriedade quanto ao objeto imediato da obrigação de dar coisa certa (deveres acessórios da prestação principal). Não podemos nos esquecer, por fim, de que o fenômeno da *acessoriedade* não produz efeitos somente com relação ao objeto mediato da obrigação, ou seja, na coisa propriamente dita. A acessoriedade também diz respeito ao objeto *imediato* da obrigação, ou seja, ao comportamento a que se obriga o devedor, como bem discorre Mario Júlio de Almeida Costa: "Em sede negocial, cabe às partes fixar a seu critério, dentro dos limites da lei, o conteúdo da prestação (artigos 398º, n. 1, e 405º). É, todavia, entendimento comum o de que o devedor fica obrigado não só àquilo que expressamente convencionou, mas também ao que, segundo os ditames da boa-fé, se infira de tal estipulação (art. 762º, n. 2). Daí que possam resultar a cargo dele certos 'deveres acessórios da prestação principal' ou até 'laterais', destinados uns e outros à plena satisfação do direito do credor. ...constituem exemplos o de guardar a coisa vendida, o de embalá-la e transportá-la, os de

aviso e informação, o de cooperação e os de proteção e cuidado. Recorde-se que a doutrina corrente sustenta que os referidos deveres não apresentam, em regra, autonomia, por não possuírem uma finalidade própria, dirigindo-se apenas a assegurar o exato cumprimento da prestação básica ou típica e, para além desta, a perfeita realização dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa" (*Direito das obrigações*, p. 454).

Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes.*

Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.302; Código Civil russo, art. 416; Código Civil italiano, arts. 1.256 (1ª parte), 1.257 e 1.259; Código Civil alemão, §§ 275 e 276; Código Civil argentino, arts. 578 e 579; Código Civil português, arts. 790º e 801º; Código Civil suíço, art. 119 do Livro V; Código Civil chileno, arts. 1.670 e s.; Código Civil paraguaio, arts. 628 e 629.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1928. v. 2. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo.

Curso de obrigações: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo disciplina a responsabilidade pela coisa certa no período antecedente ao momento do adimplemento, e enseja, no dizer de Clóvis, a distinção entre o *jus in re* e o *jus ad rem.*

Portanto, não são hipóteses comuns decorrentes do inadimplemento da obrigação principal, ou da mora, mas de impossibilidade de cumprimento, sem culpa, e o futuro e certo inadimplemento, em razão de, no período antecedente ao fixado para o adimplemento, ter ocorrido a perda, ou a inservibilidade da coisa certa, por culpa do devedor.

Há que se lembrar que a impossibilidade da obrigação a torna resolvida se, ao ser criada, ou no momento da execução da prestação, havia a impossibilidade física ou jurídica, pois o objeto da prestação não existindo, torna impossível o cumprimento da prestação.

Temos, pois, que nasce uma obrigação e que, antes do momento do adimplemento, perde-se a coisa, ou deteriora-se de tal forma que fica inservível para os fins a que se destinava, e, por ser coisa certa, não pode ser substituída por outra.

Duas hipóteses são tratadas no presente dispositivo: a impossibilidade por causas inimputáveis ao devedor, extinguindo a relação, e a impossibilidade decorrente do comportamento culposo do devedor na guarda da coisa, para que no momento oportuno pudesse ser transmitida ao credor.

Fica claro aqui o sentido de se falar em obrigação complexa, ou seja, de que além de um núcleo (a prestação), bem definido como principal, outros deveres obrigacionais surgem antes do momento do adimplemento, como podem existir deveres posteriores.

Cumpre, pois, lembrar a lição de Karl Larenz quanto à obrigação como complexa, ou um processo:

“Hemos examinado los elementos esenciales de la relación de obligación: el deber de prestación y los deberes de conducta; el crédito como derecho a la prestación y la posibilidad de realizarlo por vía jurídica, así como la garantía del acreedor a virtud de la responsabilidad patrimonial general del deudor

normalmente conectada a la deuda. Pasaremos, pues, ahora a estudiar la relación de obligación como un todo. Bajo este concepto entendemos la ‘relación de obligación’ no sólo como lo hace la ley (p. ej., en el § 362), es decir, como la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación), sino como la relación jurídica total (p. ej.: relación de compraventa, de arrendamiento, de trabajo) fundamentada por un hecho determinado (p. ej.: ese contrato concreto de compraventa, de arrendamiento o de trabajo) y que configura como una relación jurídica especial entre las partes. En este sentido la relación de obligación comprenderá una serie de deberes de prestación y conducta, y además de ellos puede contener para una u otra de las partes derechos de formación (p. ej.: un derecho de denuncia o un derecho de opción) u otras ‘situaciones jurídicas’ (p. ej., competencia para recibir una denuncia). Es, pues, un conjunto no de hechos o de acontecimiento del mundo exterior perceptibles por los sentido, sino de ‘consecuencias jurídicas’, es decir, de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al mundo de la validez objetiva del orden jurídico” (*Derecho de obligaciones*, p. 37).

No caso presente tem-se claro que o descumprimento do dever de guarda da coisa implica responsabilização do devedor. Tradicionalmente se refere à hipótese de que a coisa perece para o dono, *res perit domino*, porque até então a coisa está no seu patrimônio, não há para o credor, ainda, o *jus in re*, direito sobre a coisa, mas só o *jus ad rem*, o direito de vir a ter a coisa.

Na obrigação de dar coisa certa, a transmissão da propriedade somente ocorre com a tradição, pelo que, antes desse evento, a coisa continua de propriedade do devedor. O mesmo raciocínio é aplicável quando a eficácia do negócio é sujeita à condição suspensiva (art. 125), pois, enquanto esta não se verificar, não ocorrerá a aquisição do direito correspondente. Dessa maneira, o devedor deverá conservar a integridade da coisa para possibilitar o cumprimento da obrigação.

Entretanto, a coisa pode perder-se antes da efetiva tradição, ou quando pendente condição suspensiva. A perda da coisa ocorre quando ela deixa de existir, quando perece, perdendo as suas qualidades essenciais ou o seu valor econômico.

Assim, perdida a coisa, deve-se determinar se houve, ou não, o descumprimento do dever de mantê-la íntegra para a satisfação do crédito.

Se a perda da coisa decorreu de caso fortuito ou força maior, portanto sem culpa do devedor, a obrigação ficará resolvida para ambas as partes, pois inexiste qualquer nexo causal entre o ato do devedor e a perda. Só que o prejuízo pela perda da coisa não pode ser levado ao credor, porque a perda se deu de bem de

propriedade do devedor.

Como já se disse, decorre da aplicação da regra *res perit domino*, em que o devedor é o proprietário da coisa antes ou do implemento da condição suspensiva, ou do termo ajustado para a tradição, arcando com o prejuízo, como titular do domínio, se ocorre o seu perecimento.

Nessa hipótese, a obrigação é resolvida, não devendo subsistir qualquer obrigação para as partes, restaurando-se o *statu quo ante*. Em razão disso, se o devedor tiver recebido alguma quantia do credor, ou seja, se o preço havia sido pago, total ou parcialmente, de forma antecipada, o devedor estará obrigado a restituir ao credor a quantia recebida, sob pena de seu enriquecimento sem causa (art. 884), uma vez que esse recebimento antecipado, embora tivesse uma justa causa quando efetuado, tornou-se injusto, pois a causa para o pagamento deixou de existir quando a obrigação foi resolvida, exsurgindo por força do art. 885 a obrigação de restituir.

Por outro lado, se a perda da coisa decorrer de culpa do devedor, este responderá pelo valor equivalente à coisa certa, e mais perdas e danos decorrentes do não-cumprimento do dever anterior à obrigação principal, com sua atividade culposa, que impede a satisfação do crédito por sua culpa. Essa obrigação decorre da falta de diligência do devedor na conservação da coisa, que não permite a entrega daquela coisa certa ao credor.

Por conseguinte, em razão do inadimplemento na conservação da coisa, a lei estabelece a responsabilidade do devedor pelo pagamento do valor dela, acrescido de perdas e danos, envolvendo o que o credor efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar (art. 402) devido ao não-cumprimento da obrigação de dar coisa certa.

É a decorrência de se entender a obrigação como um processo, posto que vai ser alcançado seu fim mediante a indenização. Como bem se vê, ainda uma vez, de Karl Larenz (*Derecho de obligaciones*, p. 39):

“Ahora bien, por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación; así acontece cuando la prestación debida se haya hecho imposible, pero el interés del deudor en la prestación pueda ser satisfecho de otra forma, mediante indemnización. La satisfacción del acreedor se produce normalmente mediante cumplimiento del deber de prestación; pero puede producirse de otra forma, p.

ej., mediante compensación (de modo que el acreedor compensado extingue una deuda propia) o mediante prestación subsidiaria consentida por el acreedor. La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación".

No mesmo sentido de se entender a obrigação como processo, Clóvis do Couto e Silva, em sua obra *A obrigação como processo*.

Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 866. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, arts. 1.258 e 1.259; Código Civil português, art. 793º; Código Civil argentino, art. 580; Código Civil francês, art. 1.302; Código Civil paraguaio, art. 630; Código Civil chileno, art. 1.670.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, s. d. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1928. v. 2. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COMENTÁRIOS: A obrigação de dar, por sua própria natureza, pressupõe

que a coisa seja entregue ao credor em boas condições, imune de deteriorações. Se a coisa deteriorar-se antes da tradição ou do implemento da condição suspensiva, dever-se-á, da mesma forma do artigo antecedente, observar se a deterioração decorre, ou não, de culpa do devedor.

Como refere Massimo Bianca, em *Diritto civile*: l'obbligazione, p. 75 e 76, no âmbito da prestação distingue-se uma fase preparatória e uma fase final, sendo esta última a que satisfaz diretamente o interesse do credor, enquanto a preparatória é aquela instrumental com relação à final. A fase instrumental entra no campo da relação obrigatória, exigindo-se que seja executada com pontualidade e diligência. Como expressão do dever instrumental tem-se exatamente a norma que obriga o devedor a conservar a coisa certa, inclusive custodiando-a.

A formulação de Bianca concorda com a supra-exposta de Larenz, da obrigação como processo, ou o que se denomina obrigação complexa.

A deterioração é a danificação da coisa que diminui a sua qualidade, afetando o seu valor econômico. É hipótese de perda parcial e não total da coisa. Diminui a sua qualidade, afetando o seu valor econômico. É exemplo de deterioração de coisa certa a quebra de uma estatueta; nesse caso, a coisa ainda poderá ser aproveitada adequadamente, mediante a colagem das partes, porém não manterá sua integralidade, ocorrendo perda do efeito visual e, portanto, do seu valor para o credor da obrigação.

Logo, na hipótese, não se tem a coisa certa íntegra na fase final aludida por Bianca, com o que fica ensejada a resolução da obrigação, pois que se está falando da hipótese da danificação sem culpa do devedor, não de não-cumprimento do dever da fase instrumental.

Tito Fulgêncio, analisando o disposto no Código de 1916, asseverava que o sentido gramatical do vocábulo "deterioração" equivale a seu sentido jurídico, e acrescentava: "o Código não mira somente a entidade real ou material, senão também a entidade econômica da coisa dada, pois, em havendo, numa e noutra, condição piorada, sempre há deterioração, tanto que o texto faz referência expressa ao 'valor' que a coisa, com a deterioração, 'perdeu', a dizer, o valor da 'desvalorização'" (*Do direito das obrigações*, p. 82). Para o nosso sistema jurídico, portanto, a deterioração já se vislumbra na hipótese de depreciação da coisa, não sendo necessário que haja alteração substancial nesta. No caso, pois, de deterioração da coisa certa, se não houver culpa do devedor, ao credor é facultado optar entre (a) resolver a obrigação, ou seja, dar-lhe como dissolvida, desfeita, inexistente; ou (b) aceitar a coisa com abatimento do valor que perdeu,

quanto ao preço, que evidentemente fora fixado para a coisa íntegra.

Portanto, se o credor da coisa tiver de efetuar pagamento pela aquisição dela, se ainda quiser recebê-la, terá o direito de exigir o abatimento equivalente à perda de seu valor.

Se o credor já tiver efetuado o pagamento e vier a manifestar sua vontade no sentido de resolver a obrigação, dever-se-á restaurar o *statu quo ante*, restituindo o devedor ao credor o que eventualmente tenha recebido, sob pena de enriquecimento sem causa.

Na hipótese de o credor optar por aceitar a coisa, quando deverá ocorrer um abatimento em seu preço, tal abatimento não representará penalidade ao devedor, será apenas a adequação proporcional ao justo valor da coisa, em razão da perda econômica sofrida com a danificação. Haverá o restabelecimento da eqüidade.

Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 867. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.218; Código Civil português, art. 802º; Código Civil argentino, art. 581; Código Civil chileno, art. 1.672; Código Civil paraguaio, art. 629.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1928. v. 2. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 1995. v. 2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COMENTÁRIOS: Ao contrário do artigo anterior, este trata da deterioração da coisa por culpa do devedor. Assim, se ficar provado que ele inadimpliu seu dever de conservação, concorrendo culposamente para a deterioração da coisa, a obrigação não ficará resolvida, mas sim surgirá para o credor a opção de (a) exigir o valor equivalente ao da coisa, ou (b) aceitar a coisa no estado em que se encontre, podendo reclamar, tanto em uma como em outra opção, indenização e perdas e danos, incumbindo-lhe o ônus de comprovar o seu prejuízo.

Portanto, uma vez descumprido o dever de conservação da coisa, cuja danificação ocorreu, caracterizada a culpa, o credor, em vez de receber a coisa, poderá exigir o seu equivalente em dinheiro e também indenização pelas perdas e danos sofridos pelo não-recebimento da coisa. Alternativamente, poderá o credor aceitar a coisa no estado em que se acha, com a redução proporcional do preço, e exigir perdas e danos por havê-la recebido deteriorada e não na forma como se obrigara o devedor.

Há similitude parcial nas conseqüências do não-cumprimento da fase instrumental com a fase final, aludidas por Bianca, quando verificamos o disposto no art. 475 deste Código, segundo a qual: “A parte lesada pelo inadimplemento *pode* pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Aqui, o inadimplemento na fase final faculta ao credor requerer a resolução do contrato, independentemente da existência de cláusula resolutiva, bem como pedir indenização pelas perdas e danos.

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

Parágrafo único. Os frutos percebidos são do devedor, cabendo ao credor os pendentes.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 868. Até à tradição, pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço. Se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação.*

Parágrafo único. Também os frutos percebidos são do devedor, cabendo ao

credor os pendentes.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, ao tratar especificamente da compra e venda, art. 1.477; Código Civil francês, também dispondo sobre a compra e venda, art. 1.614; Código Civil paraguaio, art. 465; Código Civil argentino, arts. 577, 582 e 583.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954; *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2.

COMENTÁRIOS: Este dispositivo evidencia, mais uma vez, que o nosso sistema obrigacional não implica a tradição da coisa, como referido no comentário ao art. 233. Evidentemente, do fato da coisa permanecer no domínio do devedor resultam conseqüências jurídicas diversas, não só quanto a sua responsabilidade, como visto nos artigos precedentes (234 a 236).

Aqui o disposto é em favor do devedor como decorrência da sua propriedade sobre a coisa.

Assim, antes da tradição, como a coisa pertence ao devedor, se houver acréscimos quantitativos, ou qualificativos, no objeto da propriedade, os "cômodos", nas palavras de Miguel Maria de Serpa Lopes (*Curso de direito civil*: obrigações em geral, p. 59), as vantagens produzidas pela coisa também pertencem ao devedor.

Dessa forma, se a coisa receber melhoramentos e acrescidos, como, por exemplo, benfeitorias, acessão natural, aquisições etc., supervenientes ao negócio jurídico que deu origem à obrigação de dar e à fixação do preço, é justo que o devedor, ao cumprir a obrigação, receba um aumento no preço em razão dessas melhorias, pois, em caso contrário, o credor estaria locupletando-se indevidamente ao receber uma coisa mais valiosa do que houvera pago.

É decorrência do fato de ser a coisa certa que o preço fixado seja equivalente

a ela; são valores correspondentes, pelo que, ocorrendo aumento de valor, quer pela quantidade, quer pelo incremento qualitativo na coisa, deve haver correspectivo aumento no preço, para continuar havendo correspondência de valores.

Admite-se, assim, a possibilidade ao devedor de, agindo de boa-fé, no momento da tradição, exigir o aumento do preço da coisa valorizada, adequando-o a um justo patamar compatível com os melhoramentos, com o que, concordando o credor, este deverá pagar a diferença. Contudo, se o credor não anuir com esse aumento, uma vez que a tanto não pode ser obrigado, já que firmou a relação obrigacional tendo em vista a coisa e o preço originários, poderá, então, o devedor resolver a obrigação.

Não está obrigado o devedor a enriquecer o credor, sem causa.

Se o devedor resolver a obrigação, naturalmente, as partes deverão voltar ao estado anterior à formação da relação, pelo que o devedor estará obrigado a restituir aquilo que eventualmente houvera recebido antecipadamente, em atenção à proibição, também, do enriquecimento sem causa.

É exigida a boa-fé do devedor, que deve observá-la, no que concerne aos melhoramentos e acrescidos, evitando incrementos maliciosos, para onerar o credor, com o escopo de frustrar o cumprimento da obrigação. Da mesma forma, o credor deve pautar seu comportamento segundo padrões de boa-fé, ao analisar a sua anuência ao aumento do preço.

Desde logo se vê presente o princípio da comutatividade, que é expressão contratual, obrigacional, do princípio da igualdade e da eqüidade.

O parágrafo único alude aos frutos (art. 95). Os frutos, que são bens acessórios, pertencem ao proprietário da coisa (art. 1.232). Portanto, se percebidos pelo devedor antes da tradição, a ele pertencerão, pois quando separados deixarão de ser acessórios, adquirindo existência independente, de titularidade do dono da coisa principal.

Por outro lado, os frutos pendentes e ainda não colhidos caberão ao credor no momento em que se efetivar a tradição pela aplicação da mesma regra, qual seja, sendo o credor o novo titular da coisa, a ele pertencerão os acessórios, em que se incluem os frutos.

Nessa situação, pois, não terá o devedor direito ao aumento do preço, já que os frutos são incrementos previstos e esperados da coisa e, como destacava Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 13), quando as partes se obrigaram já sabiam da existência dos frutos em formação, tanto que podiam estabelecer relação negocial específica quanto a eles, conforme prevê o

art. 95.

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.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 869. 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, salvos, porém, a ele os seus direitos até o dia da perda.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 584.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954; *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1928. v. 2. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COMENTÁRIOS: Como já referido no comentário ao art. 233, a obrigação de restituir distingue-se fundamentalmente da obrigação de dar na forma de entregar, pois naquela a coisa pertence ao credor mas está na posse do devedor, que possui a obrigação de restituição por ocasião de certo evento futuro, ou de vencimento do prazo que legitimava a posse, ou detenção.

Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 14) também falava da diferença entre a obrigação de dar (na forma de entregar referida por Orlando Gomes) e a de restituir coisa certa, destacando que na primeira o credor recebe coisa, que não era sua, para sobre ela constituir direito real ou simples uso, e, na segunda, o credor é dono da coisa, que se achava, por

qualquer título (empréstimo, locação, depósito, penhor), em poder do devedor, que a restitui.

Em razão dessa diferenciação, não se aplicam as mesmas regras da obrigação de dar à obrigação de restituir em caso de perda e deterioração da coisa.

Na hipótese de obrigação de restituir coisa certa, em caso de perda da coisa em posse do devedor, antes, portanto, da tradição restituitória, dever-se-á observar se a perda decorreu, ou não, de ato culposo (comissivo ou omissivo) do devedor.

Se a coisa que o devedor tem a obrigação de restituir perder-se antes da tradição, sem culpa deste, o credor arcará com a perda, aplicando-se a regra geral *res perit domino*, que nessa relação obrigacional resulta na regra específica *res perit creditore*, pois, no caso, o dono da coisa é o próprio credor.

Assim, perdida a coisa, a obrigação de restituir perde o seu objeto, não sendo devida nenhuma indenização pelo devedor, pois se ocorridas as tradicionalmente denominadas excludentes, ter-se-á, em verdade, a não-incidência da responsabilidade, uma vez que o dano não poderá ser imputado ao devedor. Nessa situação, a obrigação resolver-se-á, ficando ressalvados os direitos do credor até a data da perda, pois a restituição poderá decorrer de situação contratual de cessão de uso e gozo da coisa, com o que, enquanto usada e desfrutada, fez nascer débito correspondente.

Nesse sentido ilustra Clóvis do Couto e Silva (*A obrigação como processo*, p. 154) que quando alguém aluga ou arrenda determinado bem e este vem a destruir-se por ato inimputável ao devedor, o inquilino ou arrendatário poderá deixar de pagar o aluguel a partir da data da destruição, sem que o credor, o proprietário ou legitimado que o deu em locação possa exigir o que faltar até o término do contrato, supondo-se que se trate de contrato a termo. Logo, enquanto o contrato produziu efeitos a dívida existe.

Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 870. Se a coisa se perder por culpa do devedor, vigorará o disposto no art. 865, 2ª parte.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil russo, art. 393 (1ª e 2ª partes); Código Civil italiano, art. 1.218; Código Civil português, arts. 798º e 801º;

Código Civil suíço, art. 97 (1) do Livro V; Código Civil francês, art. 1.147.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1928. v. 2. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COMENTÁRIOS: Ocorrendo a perda da coisa antes da tradição, por culpa do devedor, este será responsável pelo não-cumprimento do dever de conservação. Dessa forma, ante a impossibilidade de o credor receber a coisa, o devedor responderá pelo seu valor equivalente em dinheiro, devendo ainda arcar, a título de perdas e danos, com os prejuízos sofridos pelo credor diretamente decorrentes da não-restituição da coisa.

Tal imputação de responsabilidade decorre da frustração culposa da confiança do credor na conservação e restituição da coisa.

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.

CÓDIGO DE 1916: Art. 871. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á, tal qual se ache, o credor, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 867.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, arts. 586 e 587.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord.

Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VIANNA, Ragner Limongeli. *Excludentes da obrigação de reparação de danos*. Dissertação de mestrado. PUCSP, 2001. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 2.

COMENTÁRIOS: Como a obrigação de restituir é a principal no processo, ou complexo da obrigação, envolve, para o devedor, o dever de conservação da coisa, porque o credor e proprietário tem o direito de recebê-la no mesmo estado em que a entregou ao devedor. Se, porém, antes da tradição, a coisa deteriorar-se, ter-se-á de apurar a conduta do devedor para se verificar se pode, ou não, ocorrer a imputação da responsabilidade.

Se a coisa objeto da restituição deteriorar-se sem culpa do devedor, devido a caso fortuito ou força maior, o credor recebê-la-á no estado em que se encontrar, sem direito a qualquer indenização, pois o risco de deterioração, nessa situação, corre para o dono, em decorrência da regra *res perit domino*. Mais uma vez, reiteramos, lembrando a posição de Ragner Limongeli Vianna, p. 36-38 de sua tese de mestrado, com apoio nas lições de Agostinho Alvim e de Giovanna Visintini, que ocorrendo caso fortuito ou força maior, a impossibilidade de cumprir a prestação devida não pode ser imputada ao devedor, visto que não há nexo causal entre o comportamento da parte e o inadimplemento. Este se dá por causa do evento; logo, inadmissível a imputação.

Aliás, o Código Civil italiano adota formulação de cunho mais científico, ao expressamente se referir às causas não imputáveis de responsabilidade em seu art. 1.218, do que a nossa formulação, que, no atual art. 393, equivalente ao antigo art. 1.058, mantém a mesma colocação e noção de que caso fortuito e força maior são excludentes de responsabilidade, como se primeiro houvesse a tipificação desta e depois ocorresse a exclusão, e não especificamente a não-incidência da hipótese por ausência do nexo causal.

Para que não paire dúvida quanto à colocação, transcrevemos trechos específicos da ilustre professora italiana, na sua obra já traduzida para o espanhol, *Tratado de la responsabilidad civil*:

"En otras palabras, los perjuicios respecto de los cuales se plantea el problema para fijar un límite al resarcimiento son 'consecuencias del incumplimiento o del hecho ilícito'.

Por lo tanto, la investigación realizada para comprobar un nexo de 'causalidad natural' o 'de hecho', entre el daño resarcible y el hecho que es fuente de la responsabilidad, es preliminar o anterior a la indagación relativa a la delimitación de las consecuencias dañosas resarcibles (la causalidad jurídica)" (p. 286).

(...)

"Además, conforme aparece en los usos jurisprudenciales, la noción de caso fortuito es muy amplia y comprende todo hecho idóneo para interrumpir la relación de causalidad entre la cosa y el daño, absolutamente imprevisible y no controlable por parte del guardián" (p. 375).

No entanto, se a coisa for deteriorada por culpa do devedor, o Código determina a aplicação da regra do art. 239, qual seja, responderá o credor pelo valor equivalente em dinheiro, acrescido de perdas e danos.

Nesse ponto, o novo Código diferencia-se do Código de 1916, pois, nessa situação (culpa do devedor), o credor tinha a possibilidade de aplicar o disposto no art. 867, daquele Código, isto é, exigir o equivalente, mais perdas e danos, ou, alternativamente, aceitar a coisa no estado em que se achava, mais perdas e danos.

A remissão ao art. 239, que é específico para o caso de perda total da coisa, tem de ser entendida como referente a sua disposição final, ou seja, que determina a responsabilidade pelas perdas e danos.

Evidentemente, pela própria natureza da hipótese — deterioração e não perda —, a obrigação alternativa resultante da regra do Código de 1916 não foi extinta pela nova formulação, ou seja, na deterioração culposa, poderá o credor aceitar a restituição da coisa deteriorada no estado em que se encontrar, além do direito à reparação pelas perdas e danos.

A lei confere autonomia privada à pessoa para que possa dar o destino que lhe aprouver aos seus bens, de tal sorte que o credor está apto a receber a coisa que, segundo seu próprio juízo, poderá ser-lhe útil. Recebendo-a, tem todo o direito de pleitear perdas e danos. Aplica-se aqui, por absoluta simetria, a mesma orientação do art. 236.

Ademais, não poderá o credor cumular o recebimento da coisa, mesmo deteriorada, com o seu equivalente valor, posto que excludentes um do outro. A razoabilidade dita a regra de que poderá optar por uma ou outra alternativa, acrescida, em qualquer caso, de perdas e danos.

Art. 241. Se, no caso do art. 238, sobrevier melhoramento ou acréscimo à coisa, sem despesa ou trabalho do devedor, lucrará o credor, desobrigado de indenização.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 872. Se, no caso do art. 869, a coisa tiver melhoramento ou aumento, sem despesa, ou trabalho do devedor, lucrará o credor o melhoramento, ou aumento, sem pagar indenização.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 588.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COMENTÁRIOS: A redação do artigo, em razão da remissão ao art. 238, poderia gerar dúvidas. No entanto, a remissão tem o fito de relacionar apenas a obrigação de restituir coisa certa e não a hipótese de perda da coisa.

Aliás, a redação que poderia levar à dúvida é repetição do que se tinha no Código de 1916 quanto à remissão do art. 872 ao 869.

O artigo expressa, portanto, que na obrigação de restituir coisa certa, se essa receber melhoramentos ou acréscimos, sem despesa ou trabalho do devedor, lucrará o credor, ficando desobrigado de indenizar o devedor. Há, pois, relação com o que se vê do art. 97, uma vez que não se trata de benfeitorias (art. 96), as quais dependem da atividade positiva do possuidor sobre a coisa.

Por ser o proprietário da coisa, o credor aproveita o melhoramento ou acréscimo que não foi efetuado pelo devedor, porque decorrente de fato, não de ato da parte, como melhoramento ocasional, crescimento da própria coisa, frutos

produzidos, acessão natural etc.

E, com efeito, não poderia o devedor receber indenização pelo melhoramento ou acréscimo se ele nada despendeu ou trabalhou, pois enriquecer-se-ia injustamente.

Art. 242. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé.

Parágrafo único. Quanto aos frutos percebidos, observar-se-á, do mesmo modo, o disposto neste Código, acerca do possuidor de boa-fé ou de má-fé.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 873. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho, ou dispêndio, vigorará o estatuído nos arts. 516 a 519.*

Parágrafo único. Quanto aos frutos percebidos, observar-se-á o disposto nos arts. 510 a 513.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, arts. 589 e 590.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COMENTÁRIOS: Se o bem restituível receber melhoramento ou aumento em decorrência do trabalho ou de despesas efetuadas pelo devedor, dever-se-ão observar as regras relativas às benfeitorias (art. 96) realizadas pelo possuidor de boa-fé (arts. 1.201, 1.214, 1.217 e 1.219) e de má-fé (arts. 1.216, 1.218 e 1.220) para aferir se o devedor terá direito a alguma indenização e retenção.

Dessa forma, se o devedor estiver de boa-fé, aplica-se a regra do art. 1.219, pelo que terá direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, assim como, com relação às benfeitorias voluptuárias, terá também direito a recebê-las

e, se não lhe forem pagas, poderá levantá-las, sem danificar a coisa. Ademais, se o devedor não for indenizado pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor.

Porém, se o devedor estiver de má-fé, tem aplicação o art. 1.220, pelo que poderá apenas exigir o ressarcimento das benfeitorias necessárias, sem a possibilidade do exercício do direito de retenção, bem como não poderá levantar as benfeitorias voluptuárias.

Se houver melhoramentos realizados pelo devedor, mas também ocorrerem danos, com culpa do devedor, compensar-se-ão na forma do art. 1.221.

O parágrafo único disciplina sobre os frutos, fazendo remissão expressa às regras do possuidor de boa-fé e, de forma indireta, às do possuidor de má-fé.

Assim, o devedor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, a conservar os frutos percebidos, conforme o art. 1.214. Os frutos pendentes, quando cessar a boa-fé, deverão ser restituídos, mas, de qualquer forma, poderá deduzir, antes da restituição, as despesas com a produção e custeio. Se por acaso colher frutos antecipadamente, estes também deverão ser restituídos ao credor.

A posse tem características únicas no sistema, inclusive esta, de transmutação da de boa-fé para a de má-fé, o que só poderá ser mais bem entendido quando dos comentários aos artigos específicos (arts. 1.210 e s.).

De qualquer maneira, a diferença fundamental do tratamento dado às qualificações adversas decorre do prestígio que o Direito confere à boa-fé e do sancionamento que impõe à má-fé.

Daí por que, se o devedor estiver de má-fé, responderá por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como por aqueles que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu em má-fé. Entretanto, o devedor terá direito ao ressarcimento das despesas da produção e custeio.

Seção II
Das obrigações de dar coisa incerta

Art. 243. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 874. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e quantidade.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.129; Código Civil argentino, art. 1.170; Código Civil chileno, art. 1.508.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1928. v. 2. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1960. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 40. ed. Padova: Cedam, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Ed. Reus, reimpr. da 1. ed., 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: A obrigação de dar coisa incerta tem como característica a indeterminação relativa da coisa objeto da relação obrigacional, indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade. Recebe, em razão disso, também o nome de obrigação genérica, já que a obrigação a ser cumprida não apresenta, no momento de sua constituição, determinação completa e específica.

A questão terminológica, porém, particularmente quanto à palavra "gênero",

ensejou discordância de Clóvis Beviláqua, quando da elaboração do Código de 1916, conforme anotou Orozimbo Nonato, pela divergência entre o sentido dado pelo Direito ser outro que o da ciência em geral.

Lembrou Orozimbo Nonato (*Curso de obrigações*, p. 214):

"Deixou, entretanto, de prosperar aquela sugestão que, se, de um lado, encerrava a excelência assinalada, de outro quebrava tradição velha de muitos séculos.

E alterava a linguagem tradicional, promanada das fontes romanas".

Álvaro Villaça Azevedo retomou a discordância do uso do termo "gênero" referido no art. 874 do Código de 1916, de idêntico teor do art. 243, em exame, entendendo que tem um sentido muito amplo, exemplificando que cereal é gênero e feijão é espécie, daí decorrer que uma obrigação de entregar uma saca de cereal seria obrigação impossível, porque não se saberia qual o cereal, daí defender a substituição da palavra "gênero" por "espécie".

Sua posição parece ser isolada na doutrina nacional e internacional. Veja-se que Karl Larenz trata da matéria sob a denominação de obrigação genérica. Lembra que quando uma prestação tenha por objeto uma coisa, esta pode ser individualmente determinada ou só de uma forma geral. Conforme as aposições de gênero ou de espécie é que iremos distinguir entre dívida de espécie ou coisa determinada, quando se deve só uma coisa certa e nenhuma outra, e quando falamos de dívida genérica falamos de dívida de proporção ou de ponderação.

Já o Professor Washington de Barros Monteiro, em seu *Curso de direito civil*: direito das obrigações, 1ª parte, p. 86, dizia:

"...*gênero*, utilizado nesse dispositivo legal, tem significado diverso do que lhe emprestam as ciências naturais. Entre estas e a ciência jurídica não existe, a respeito, perfeita consonância.

(...)

Em linguagem jurídica, ...desde o direito romano, *gênero* é o conjunto de seres semelhantes. Esses seres semelhantes, isoladamente considerados, denominam-se espécies. *Gênero* é assim a reunião de espécies semelhantes; espécie, o corpo certo, a coisa individuada, o objeto determinado".

Massimo Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 110-112) distingue as obrigações de dar em específicas e genéricas; as primeiras, pela especificação da coisa, e, quanto às segundas, pelo gênero, ou seja, pela pertinência a uma categoria de bens.

A manutenção no texto vigente do termo "gênero", pela consagração no mundo jurídico, não nos parece ensejadora de confusão, pois há que se lembrar

que o Direito constrói suas próprias realidades, que não se confundem com as do mundo real. Basta lembrar o horário de verão, que não altera a realidade física da rotação do mundo no pedaço do Brasil em que ele vigora quando vigente a norma relativa ao horário especial.

Arnaldo Rizzardo elogia a colocação do Professor Washington, com o que, com mais este apoio, afasta-se a crítica, que pretende alterar o Código, adotando-se a posição isolada, contra a absoluta maioria doutrinária do mundo.

Posteriormente ao nascimento da obrigação de dar coisa incerta, mas antes da exigibilidade do adimplemento, dar-se-á a *concentração*, ou seja, a *escolha* da coisa, tornando-a específica.

A denominada *concentração*, a *escolha* especificadora da coisa, em princípio, cabe ao devedor, revelando-se aqui a preocupação com a sua liberdade, que está afetada pela relação obrigacional (art. 244).

Expõe Alberto Trabucchi (*Istituzioni di diritto civile*, p. 548) que a prestação da obrigação pode ser determinada ou determinável, não sendo necessário que a especificação exista quando da constituição da relação obrigacional; basta que nessa fase inicial existam os elementos necessários para dar os contornos da prestação, que terá de ser específica quando deva ser exigida.

Portanto, para possibilitar que a obrigação de dar coisa incerta torne-se de dar coisa certa, não é possível uma indeterminação absoluta da prestação, o que inviabilizaria posterior escolha, devendo ser, ao menos, determinável. Dessa maneira, impõe-se que a obrigação genérica seja indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.

E isso é naturalmente compreensível, pois não se vislumbraria a oportunidade de futura escolha e inclusive determinação do preço da coisa se ela fosse indicada somente, por exemplo, pelo gênero “sacas de café” ou “cabeças de gado”. É indispensável que a prestação indique também a quantidade das sacas de café ou tantas cabeças de gado, deixando-se indeterminada a qualidade, para até o momento do adimplemento. Sem esses dois fatores a obrigação não possuiria objeto e, por conseguinte, seria nula ante a ausência de um de seus elementos fundamentais.

Arnaldo Rizzardo, em *Direito das obrigações*, p. 109, critica a ausência da qualidade ao lado do gênero e quantidade, argumentando: “...Todavia, indispensável que venha referida igualmente a qualidade. Máxime no que diz com certos tipos de produtos, como gado e cereais. Não é aceitável uma combinação de vontades sobre a obrigação de simplesmente entregar gado, vinho, ou pedras para construção. Ninguém aceita o recebimento de um vinho de

péssima qualidade, ou de reses em precário estado, ou de pedras disformes e de tamanho inferior ao tipo padrão".

Observe-se que o autor se referia à doutrina, sem fazer alusão direta ao texto do art. 874 do Código de 1916, idêntico ao atual, que não faz referência à qualidade.

De outra parte, Antunes Varela lembra que não se deve confundir a fungibilidade das coisas com a noção de fungibilidade da prestação, pois, quanto a esta última, a referência é feita ao sujeito e não à coisa, objeto da prestação. Acresce que em princípio toda prestação de coisa é fungível, quer a coisa seja fungível, quer infungível, porque o interesse do credor não será lesado se a prestação for executada por outrem que não o devedor.

Tal colocação conflita com a de Arnaldo Rizzardo, para quem obrigações fungíveis se confundem com as de dar coisa incerta, o que não nos parece correto, pois, como exemplifica Larenz, se as obras de arte são coisas infungíveis, não se pode descartar a possibilidade de que alguém queira comprar "qualquer quadro" do pintor X, o que, no caso, configuraria que uma coisa infungível seria objeto de uma obrigação genérica.

Agostinho Alvim é de opinião idêntica à de Antunes Varela, e, reportando-se à generalidade dos autores, diz: "...denominam obrigação fungível aquela em que a pessoa do devedor é indiferente, e infungível, a que deve ser cumprida por pessoa certa, seja porque somente esta a pode executar, em virtude das suas qualidades pessoais (obrigação personalíssima), seja porque assim se pactuou".

Aliás, refere-se à aplicação direta da fungibilidade: quando faltoso o devedor, pode o credor mandar executar por terceiro (art. 248).

Mesmo existindo divergências, tem-se que ponderáveis posições doutrinárias incluem no âmbito das obrigações de dar coisa incerta as pecuniárias, que são espécie das obrigações de dar, ainda que se possa dizer que praticamente qualquer obrigação pode vir a tornar-se uma obrigação pecuniária, se com o inadimplemento se fixar indenização em dinheiro.

As denominadas dívidas pecuniárias passaram a ocupar a atenção da doutrina com maior intensidade no período inflacionário, quando se contrapôs as dívidas de dinheiro, como nominativas, às dívidas de valor.

O Direito Civil brasileiro não as considerava como categoria autônoma dentro das obrigações. Paulo Barbosa de Campos Filho, em *Obrigações de pagamento em dinheiro*, p. 11 e s., remetendo a Caio Mário da Silva Pereira, dizia: "...não existe uma obrigação que se qualifique e classifique, em especial, como 'de dinheiro', acontecendo, isso sim, que ...toda obrigação, seja qual for a sua

natureza e a sua origem, pode, num dado momento, ter por objeto prestação pecuniária. Às vezes ela o é — explica o ilustre mestre — desde o nascimento, como no mútuo de espécie monetária, em que o mutuário se obriga a restituir ao mutuante o que recebeu, em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade (art. 1.256 do Código Civil); outras vezes — prossegue — era originariamente uma *obligatio faciendi*, ou mesmo *dandi*, que se impossibilita por culpa e converte-se em valor pecuniário (Código Civil, arts. 879 e 865); outras ainda — conclui — é o dever de reparação do ilícito que se liquida em prestação pecuniária".

Da mesma forma se posiciona Mario Júlio de Almeida Costa, entendendo que as obrigações pecuniárias constituem, no fundo, obrigações genéricas, ou seja, de dar coisa incerta. Daí dizer que são aquelas "...cuja prestação debitória consiste numa quantia de dinheiro (pecúnia) que é tomada pelo seu valor propriamente monetário" (*Direito das obrigações*, p. 498).

Há, no entanto, doutrinadores que defendem a independência das obrigações pecuniárias, sustentando constituírem categoria autônoma de obrigação, como Dieter Medicus: "Sin embargo de las obligaciones de cosas se ha de separar, de manera adecuada, las obligaciones dinerarias" (*Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 70) e Karl Larenz: "La obligación pecuniaria no es deuda de cosa y de ahí que tampoco es deuda genérica, sino 'obligación de suma de valor'" (*Derecho de obligaciones*, p. 179).

Na realidade, há legislações que conferem às obrigações pecuniárias disciplina especial, tais como a alemã e a portuguesa, dividindo-as em: a) obrigações de quantidade, que são as mais típicas e têm por objeto a entrega de determinada quantia pecuniária (p. ex.: *A* deve a *B* 50.000 escudos); b) obrigações de moeda específica, em que, além da determinada quantia pecuniária, estabelece-se o gênero da moeda, ou seja, se deverá ser satisfeita em moeda metálica ou papel-moeda, ou ainda em que tipo de moeda metálica ou papel-moeda (p. ex.: *A* deve a *B* 50.000 escudos a serem pagos em moedas de prata); e c) obrigações em moeda estrangeira, que podem determinar que se pague em moeda estrangeira efetivamente ou apenas que se pague em moeda nacional o equivalente ao montante de determinada moeda estrangeira (p. ex.: *A* deve a *B* a quantia em marcos equivalente, na data do pagamento, a 50.000 escudos), classificação esta trazida por Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das obrigações*, p. 498 e s.).

De qualquer forma, considerando-se ou não categoria à parte de obrigações, como afirma Paulo Barbosa de Campos Filho, "...o que é certo é que, em não

sendo cumpridas ‘pelo modo e no tempo devidos’, como se diz no art. 1.056, ‘responde o devedor por perdas e danos’, é dizer que transformam, para este, em obrigações de reparar o dano, com todos os efeitos que a expressão já tornada corrente qualifica, como ‘conseqüências da inexecução das obrigações’” (*Obrigações de pagamento em dinheiro,* p. 13).

O art. 1.056 do Código de 1916 equivale ao art. 389 do atual, que está precedido pela abrangência do art. 315, expresso sobre as dívidas em dinheiro.

Art. 244. Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 875. Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação. Mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.246; Código Civil italiano, art. 1.178; Código Civil alemão, § 243; Código Civil suíço, art. 71 do Livro V; Código Civil paraguaio, art. 469; Código Civil português, art. 539; Código Civil chileno, art. 1.509; Código Civil argentino, arts. 601 e 602.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e Romano, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 40. ed. Padova: Cedam,

2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Ed. Reus, reimpr. da 1. ed., 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Na obrigação de dar coisa incerta, também obrigação genérica, o objeto a ser adimplido pelo devedor não está perfeitamente individualizado no momento em que a obrigação é contraída, uma vez que em geral determinados apenas o gênero e a quantidade. Assim, é indispensável que se preestabeleça uma forma para que a determinação ocorra pacificamente entre o devedor e o credor, evitando-se possíveis conflitos. Essa escolha denomina-se concentração, individualização ou especialização.

Em razão disso, o Código traz uma regra geral estipulando que, nessas hipóteses de obrigação de dar coisa incerta, a individualização, ou escolha, pertence ao devedor.

Porém, essa é uma regra geral que prevalece no silêncio das partes ao concretizarem o negócio obrigacional, visto que poderão livremente dispor no título da obrigação que a concentração caberá ao credor, ou, ainda, a terceiro previamente designado pelas partes.

A liberdade de escolha a ser realizada tanto pelo devedor como pelo credor ou por terceiro não é absoluta, mas sim limitada. É o que determina a lei: o devedor não poderá dar a coisa pior, nem poderá o credor exigir o recebimento da melhor.

Portanto, verifica-se que é exigida a boa-fé no momento da escolha. Como estipulado previamente, ao menos, o gênero e a quantidade, a concentração deve dar-se na coisa de qualidade média, segundo padrão de razoabilidade, ou seja, não necessita ser de ótima qualidade, mas também não pode ser de baixa ou péssima: *mediae aestimationis*, como designa Alberto Trabucchi (*Istituzioni di diritto civile*, p. 551).

Estabelece-se assim um critério de eleição, sujeitando-se a escolha, segundo Dieter Medicus (*Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 98), a uma qualidade *standard*.

Art. 245. Cientificado da escolha o credor, vigorará o disposto na Seção antecedente.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 876. Feita a escolha, vigorará o disposto na Seção anterior.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil paraguaio, art. 472; Código Civil argentino, art. 603.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954; *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Efetuada a concentração, a obrigação, que era determinável, genérica e carecia de elementos para sua integral individualização, torna-se determinada, razão pela qual se modifica o objeto da obrigação, que antes era de dar coisa incerta, e, depois da concentração, passa a ser de dar coisa certa.

Essa alteração na modalidade da obrigação faz com que, consumada a concentração, naturalmente, passe a ser regida pelas regras da obrigação de dar coisa certa estatuídas nos arts. 233 e seguintes, pelo que o credor poderá exigir o bem escolhido.

Tendo em vista essa mudança de regramento, é indispensável definir o momento em que ocorre a concentração, deixando a obrigação de ser genérica e passando a ser específica, o que, inclusive, alterará o problema dos riscos da coisa.

O Código silencia quanto ao instante em que se consuma a escolha da coisa. Sustenta-se, tomando-se como ponto de partida a teoria de Jhering, consagrada pela segunda parte do § 243 do BGB, nos dizeres de Orozimbo Nonato (*Curso de obrigações*, p. 279), que a escolha se considera efetuada não só quando o optante entrega efetivamente a coisa, como quando pratica todos os atos

exigíveis de sua parte para a entrega referente a uma das coisas. Quer isso dizer, segundo Clóvis Beviláqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 20), que não basta separar a coisa para se considerar especializada, mas, também, não é indispensável a sua entrega efetiva para que o devedor se considere exonerado. Se oferecida a coisa, o credor a recusa ou cai em mora, o devedor estará desobrigado.

Por outro lado, se a concentração for de competência do credor ou de terceiro, aplicar-se-á outra regra, qual seja, ela somente obterá eficácia no instante em que for comunicada ao devedor ou a ambos, quando a escolha for de terceiro. Do contrário, conforme Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, p. 850), o devedor não saberia que coisas lhe podiam ser exigidas, nem o credor com que coisas poderia contar.

Art. 246. Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 877. Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior, ou caso fortuito.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 540º; Código Civil chileno, art. 1.510; Código Civil paraguaio, art. 470; Código Civil argentino, art. 604.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche

Italiane, 2000. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 40. ed. Padova: Cedam, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Ed. Reus, reimpr. da 1. ed., 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Antes da concentração, a obrigação de dar coisa incerta continua a ser genérica e indeterminada. Dessa forma, não se pode cogitar na perda ou deterioração da coisa que nem sequer foi individualizada, aplicando-se a regra *genus nunquam perit*.

Isso implica dizer que o gênero nunca perece, uma vez que o devedor poderá encontrá-lo em outro local para dá-lo ao credor.

Assim sendo, é vedada a alegação de excludente de responsabilidade como força maior ou caso fortuito, não sendo lícito ao devedor procurar impingir ao credor a entrega de coisa deteriorada ou eximir-se da entrega alegando perda da coisa. Conforme demonstra Clóvis Beviláqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 21), o devedor não se exonera alegando que pereceu a coisa, que ele pretendia dar, ou que se achava por ele separada para ser remetida ao credor, ou para ser-lhe entregue logo que a exigisse.

Enquanto subsistirem coisas dentro do gênero estipulado, mesmo que aquelas separadas pelo devedor tenham perecido, ainda que por força maior ou caso fortuito, o cumprimento da obrigação será possível e a ela o devedor estará relacionado, devendo, por isso, envidar esforços no seu cumprimento, pois geralmente os gêneros são encontrados em grande quantidade.

Aponta Andreas von Tuhr (*Tratado de las obligaciones*, p. 43) que somente por exceção acontece que desapareça um gênero em toda a sua integridade, como quando, por exemplo, deixa-se de fabricar determinada mercadoria. Em casos como esse, o devedor genérico pode eximir-se por impossibilidade da prestação.

Portanto, em situação excepcional, extinto todo o gênero no qual a obrigação é compreendida, sem culpa do devedor, este ficará exonerado, resolvendo-se a obrigação com restituição ao *statu quo ante*.

Todavia, se efetuada a concentração, em caso de perda ou deterioração da coisa, antes da tradição, observar-se-ão as regras da obrigação de dar coisa certa, conforme a Seção antecedente, porque a escolha é a separação da coisa, sua individuação, com o conhecimento do credor, ou é escolha pelo credor, se assim pactuado.

CAPÍTULO II
DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 880. Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 628; Código Civil paraguaio, art. 478.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1960. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Estamos, agora, no âmbito das obrigações de fazer, as quais, juntamente com as obrigações de dar, pertencem à classe das obrigações positivas, classificação que as antepõem às negativas, ou seja, as de não fazer, que impõem omissão.

Importante, assim, que num primeiro momento façamos a clara diferenciação entre essas duas espécies. Orlando Gomes observa: “Interessa distinguir as prestações de coisas das de fatos. Importa a distinção principalmente quanto aos

limites do poder do credor, à possibilidade de cumprimento da obrigação por terceiro e à sua transmissibilidade por sucessão hereditária".

Orozimbo Nonato, em sua obra *Direito das obrigações*, assevera que a obrigação de fazer compreende-se pelo conjunto de atos que deixem de incidir na expressão "dar". Já Washington de Barros Monteiro coloca que a obrigação de dar caracteriza-se pela entrega da coisa, ao passo que a de fazer exige prévio preparo por parte do devedor, que pode ou não seguir-se de entrega.

No que respeita ao âmbito estrito das obrigações de fazer, pode-se ter um enfoque, prevalente na doutrina estrangeira, que distingue entre obrigações de meio e obrigações de resultado, que já se entrevia na colocação *supra*, bem como, sob outro enfoque, podem-se distinguir obrigações de fazer fungíveis e obrigações de fazer infungíveis, o que é extremamente relevante para a hipótese de inadimplemento.

Quanto às obrigações de meio e de resultado, ter-se-á maior desenvolvimento quando do estudo dos contratos de prestação de serviços e dos de empreitada.

No tocante à distinção das fungíveis e infungíveis, a colocação básica e inicial vem da referência às obrigações positivas, com destaque para a questão do inadimplemento, que na antiga tradição levava só à indenização, e que passou à possibilidade do devedor ser constrangido a entregar a coisa, na de dar.

A dificuldade restava no tocante às obrigações de fazer, quando não se admitia a execução forçada para qualquer tipo, fungível ou infungível, no sistema do Código de 1916. É que, em princípio, o fazer está intimamente relacionado à vontade do agente.

Assim, é evidente que, numa obrigação personalíssima, ninguém pode obrigar o devedor ao cumprimento, como no caso de um pugilista, em que não se tem como obrigá-lo a entrar num ringue e lutar contra a sua vontade, ou, ainda, obrigar um cantor a entrar no palco e soltar sua voz em canções desejadas pelos ouvintes.

Tal situação está compreendida na previsão do presente artigo, que versa sobre prestação infungível, que vai encontrar forma excepcional de execução direta quando se tratar de declaração de vontade.

Já quanto à prestação obrigacional fungível, tem-se claro que pode ser realizada tanto pelo devedor como por outra pessoa, sem prejuízo para o credor.

A infungibilidade resulta da própria natureza da relação intersubjetiva, ou da manifestação de vontade das partes, estabelecendo, de forma expressa, a pessoalidade da prestação.

Sendo a obrigação infungível, o credor pode apenas pleitear indenização por

perdas e danos, resultantes do não-cumprimento por aquele que devia realizar a prestação pessoalmente.

Quando se está diante de obrigações de fazer/não fazer, ou mais particularmente, dentre estas, das que versam sobre obrigações infungíveis, é que se pode dar a aplicação das *astreintes*, ou seja, da multa cominatória temporal, de índole pecuniária, pelo atraso no cumprimento/descumprimento da obrigação.

Pode-se aplicar tal remédio no caso das infungíveis, mas não se pode garantir que surta o efeito do adimplemento, que inocorrendo, então, ter-se-á de partir para as perdas e danos.

Aplica-se aqui o brocardo latino *nemo potest precise cogi ad factum*, ou seja, ninguém pode ser violentado para cumprir a obrigação de fazer pessoal.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 879. Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, arts. 627 e 628; Código Civil paraguaio, arts. 477 e 478; Código Civil francês, art. 1.142.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1960. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche

Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O não-cumprimento de uma obrigação ocorre basicamente por três causas. Por culpa do devedor a obrigação torna-se impossível, sem culpa do devedor a obrigação torna-se impossível ou, ainda, pela manifesta recusa do devedor ao cumprimento da prestação obrigacional. Esta última foi objeto de análise do artigo antecedente, atenhamo-nos agora às duas primeiras hipóteses.

Em ambas, aparece a impossibilidade de realização da prestação, estabelecendo o Código a resolução da obrigação caso não haja culpa do devedor, ou que este responda por perdas e danos, quando tenha contribuído de alguma forma para a impossibilidade de realização do combinado.

Na primeira hipótese, da prestação se impossibilitar sem culpa do devedor, tem-se a aplicação do brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*.

Já quando referida impossibilidade versa sobre uma situação em que o cumprimento da obrigação se impossibilita por culpa do devedor, não se pode dizer que não haja mais utilidade ao credor, pois a este caberá pedir as perdas e danos, nas quais se dizia classicamente que se resolviam as obrigações de fazer que não eram cumpridas.

Há que se distinguir, quanto à impossibilidade subjetiva do devedor, em relação ao tipo da obrigação. Como observa Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das obrigações*, p. 463), ao ressaltar a importância da classificação das prestações em fungíveis e não fungíveis: “O interesse da distinção manifesta-se, ainda, quanto à determinação dos casos de impossibilidade subjectiva do cumprimento. Se a prestação é fungível, a impossibilidade relativa à pessoa do devedor não o exonera visto que pode fazer-se substituir por terceiro. Ao invés, a impossibilidade subjectiva, em caso de prestação infungível, tem como conseqüência extinguir-se a obrigação”.

Assim, o único caso que exonera o devedor do cumprimento da obrigação é o relacionado à impossibilidade da prestação infungível sem culpa; nesse caso, se houve recebimento antecipado, o devedor terá de devolver ao credor a importância recebida, pois a obrigação resta desfeita para ambas as partes. Sendo a obrigação infungível e impossível por sua culpa, responderá por perdas e danos.

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 881. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 630; Código Civil paraguaio, art. 479; Código Civil francês, art. 1.144; Código Civil suíço, art. 98 (1) do Livro V; Código Civil chileno, tratando especialmente da mora *solvendi* na obrigação de fazer, prevê a possibilidade de execução por terceiro à custa do devedor, art. 1.553 (2º); Código Civil de Quebec, art. 1.602.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações.* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1960. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo refere-se às obrigações de natureza fungível, nas quais o credor pode, independentemente de indenização pelos prejuízos causados, exercitar a faculdade de requerer em execução que o trabalho seja realizado por outrem à custa do devedor inadimplente.

Com relação ao Código Civil antecedente, merece elogios o atual, por introduzir, no parágrafo único, a possibilidade de procedimento de justiça de mão própria no caso de urgência, possibilitando ao interessado a defesa de seus interesses.

Agostinho Alvim, na Exposição de Motivos do Anteprojeto, lembrava que, sobre a redação do Código anterior, Clóvis Beviláqua sempre afirmou a necessidade de prévia manifestação judicial para que terceiro executasse a prestação a expensas do devedor: "...o que tornaria inútil a providência, dadas as inevitáveis delongas".

Como se nota da redação dada ao presente dispositivo, não restam dúvidas de que as perdas e danos podem ser cumuladas e não ficam apenas como uma solução alternativa oferecida ao credor.

CAPÍTULO III
DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 882. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato, que se obrigou a não praticar.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 632.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. EGUSQUIZA, Maria Ángeles. *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*. Barcelona: Bosch, 1990. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de*

las relaciones obligacionales. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Trata o capítulo das chamadas obrigações negativas, as quais versam sobre uma omissão do devedor, um não fazer, uma conduta de caráter negativo.

Maria Ángeles Egusquiza, rara monografista da matéria, em sua obra *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, aponta, como um dos critérios de classificação das obrigações de não fazer, o relacionado à duração temporal. Assim, as obrigações negativas podem ser instantâneas, quando a conduta negativa refere-se a um único ato do devedor, ou podem ser continuadas, pela exigência do comportamento ser prolongado no tempo, ou, ainda, ser periódicas, a prazo certo.

Essa distinção não é comum na doutrina nacional, que no mais das vezes se refere preferencialmente ao ato comissivo como caracterizador da violação da obrigação.

Na obrigação negativa o devedor compromete-se a não realizar algo que normalmente poderia fazer, se não estivesse proibido por força da obrigação assumida.

No trato da matéria, Clóvis, nos *Comentários*, extrema hipóteses semelhantes, chegando a falar em dever secundário e dever de tolerância, o primeiro dos quais pode ser compreendido como integrante da obrigação complexa, ou como processo, o que evidencia intuição da posição desenvolvida posteriormente pela doutrina. O fato é que tais deveres, por não constituírem objeto principal da obrigação, não podem ser tomados como tipificadores da obrigação negativa.

Há que se observar que, por ser obrigação voluntária, só pode ser relativa a direitos disponíveis.

Aqui, neste artigo, cuida-se da hipótese da abstenção prometida pelo devedor tornar-se impossível sem culpa do devedor, o que implica a resolução da obrigação.

Evidentemente se trata de obrigação personalíssima. É óbvio que no caso das obrigações de não fazer é inaceitável o adimplemento por terceiro, como se vê de Maria Ángeles Egusquiza: “El propio Manresa señalaba que el silencio de la ley sobre esta cuestión en su relación con la obligación negativa era realmente

significativo, puesto que es evidente que la omisión realizada por una persona extraña no cumple los fines de la obligación, ni impide al deudor la ejecución por sí del acto prohibido. En definitiva, que no es posible que un tercero lleve a cabo la actividad solutoria de una prestación negativa porque las actuaciones del deudor son insustituibles".

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 883. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 633; Código Civil português, art. 829º; Código Civil chileno, art. 1.555; Código Civil francês, art. 1.143; Código Civil suíço, art. 98 (2 e 3) do Livro V; Código Civil de Quebec, art. 1.603.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. EGUSQUIZA, Maria Ángeles. *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*. Barcelona: Bosch, 1990. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: A origem da obrigação negativa, de não fazer, está no

princípio expresso no brocardo latino *neminem laedere.*

O devedor de uma obrigação de não fazer está comprometido a omitir-se da prática de um ato; assim, se praticá-lo, o credor o poderá compelir a desfazê-lo, e, caso não desfaça, o credor poderá desfazê-lo à sua custa e cobrar do inadimplente. Para ambas as situações, o devedor culpado responderá, também, por perdas e danos. Aqui, ainda uma vez, como nos precedentes de violação culposa, as perdas e danos não constituem alternativa, mas acréscimo.

À evidência que o desfazer só é viável em hipóteses em que a violação resulte em algo que produza efeitos concretos.

Com relação ao Código anterior, o parágrafo único do presente dispositivo inova ao estabelecer a possibilidade de desfazimento pelo próprio credor, ou a seu mando, independentemente de determinação judicial, mesmo com o ressarcimento da quantia despendida pelo credor.

Até a entrada em vigor do novo dispositivo, continuará havendo só a possibilidade do remédio de pedido de tutela antecipada, medida judicial prevista no Código de Processo Civil.

A inovação enseja posições conflitantes a seu respeito. É claro que a aplicação deste dispositivo deve ser feita com ponderação, com cautela, nem sempre presentes em desforços pessoais, sendo certo que se destina ao desfazimento de atos suscetíveis a tanto e em casos de extrema urgência. Assim, situações consolidadas não cabem dentro da previsão excepcional. Por isso, no caso de descumprimento da obrigação de não-construção de um prédio, que já está pronto, não poderá este sofrer demolição diretamente por parte do credor da obrigação negativa contratual.

A previsão é quanto a situações iniciais, portanto medida imediata por parte do credor, inexistindo possibilidade de se pensar em aplicação a situações consolidadas, que, aliás, não seriam objeto de concessão de qualquer liminar judicial.

A imediatidade da reação e a fase inicial da violação são elementos que caracterizam a urgência referida no dispositivo.

CAPÍTULO IV
DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

§ 1º Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra.

§ 2º Quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período.

§ 3º No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação.

§ 4º Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 884. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.*

§ 1º Não pode, porém, o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra.

§ 2º Quando a obrigação for de prestações anuais, subentender-se-á, para o devedor, o direito de exercer cada ano a opção.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, arts. 1.285 e 1.286; Código Civil português, arts. 543º (2) e 544º; Código Civil chileno, art. 1.500; Código Civil russo, art. 320; Código Civil argentino, arts. 637 e 640; Código Civil suíço, art. 72 do Livro V; Código Civil alemão, § 262; Código Civil francês, arts. 1.190 e 1.191; Código Civil paraguaio, arts. 484, 485 e 489; Código Civil de Quebec, arts. 1.545, 1.546 e 1.547.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CECCHETTI, Raffaello. *Le obbligazione alternative*. Padova: CEDAM, 1997. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2.

ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: As obrigações alternativas são as que têm previsão de duas ou mais prestações, mas o devedor se libera mediante a realização de uma delas, da que for objeto da concentração, da escolha. Como é a esfera de liberdade do devedor que sofre a carga da obrigação, em geral cabe a este a escolha, porque se lhe reconhece o direito de optar pela que traga menor carga para o cumprimento. Tal não se dará somente se houver sido pactuado pelas partes que a escolha caiba ao credor. Nessa hipótese o devedor abriu mão da escolha previamente.

Antunes Varela, em *Das obrigações em geral,* ensina que essa modalidade de obrigação possui várias prestações vinculadas, mas o cumprimento é fixado em apenas uma. Daí não poder o devedor, conforme dispõe o § 1º do artigo, pretender cumprir a obrigação dando parte em uma prestação e parte em outra(s), pois uma das características das obrigações alternativas é a independência de suas prestações.

Ademais, com a escolha há a concentração em uma só, portanto prestação definida e certa. Daí o brocardo *electa una via, altera non datur,* ou seja, eleita uma via, a outra não se dá mais.

Agostinho Alvim, na exposição feita no Instituto dos Advogados, esclareceu que não houve a preocupação de introduzir as obrigações facultativas, porque sempre foram consideradas como objeto de convenção inominada. Mas, como pode surgir confusão entre ambas, convém extremar as duas. Na facultativa, não existe o ato da escolha, essencial para as obrigações alternativas, e sim a possibilidade de substituição por outra prestação diversa da que era devida, ensejando o adimplemento. Neste sentido Raffaello Cecchetti (*Le obbligazioni alternative*): “Vi è pertanto una prestazione ‘principale’ (e unica), e àltra è solo eventuale ed accessoria: consequentemente siamo in presenza di una relativa incertezza sulla prestazione che verrà eseguita, stante proprio l’esistenza di questa facoltà”.

Nas obrigações alternativas a escolha é fundamental, pois, estabelecida a prestação devida, a obrigação passa a ser simples, ou seja, somente aquela prestação é que passa a ser devida, como se ela fosse a única, desde o nascimento da obrigação. Com a escolha ocorre a chamada concentração do objeto da obrigação, da prestação, que, a partir de então, independerá de aceitação pela outra parte.

Ressalte-se ainda que a escolha é irrevogável, por individualizar definitivamente o objeto a ser prestado, daí a formulação do brocardo tradicional *plures sunt res in obligatione, sed una tantum in solutione.*

Ainda sobre a escolha da prestação, é importante notar que somente com ela é que a obrigação passa a ser exigível pelo credor. A atribuição do poder de escolha reflete-se diretamente nos efeitos da impossibilidade de cumprimento superveniente de uma ou de algumas prestações, conforme disposto nos próximos artigos.

Sendo um poder, a escolha é também um dever, pois, como coloca Antunes Varela: "constitui em regra uma ponte de passagem indispensável para o cumprimento da obrigação".

Já quanto à execução de obrigação alternativa, hipótese versada pelo CPC, em seu art. 571 e parágrafos, ter-se-á a citação do devedor, quando a escolha lhe couber, para exercê-la e realizar a prestação, em dez dias contados da citação, caso não haja outro prazo estipulado no contrato ou na sentença (*caput*). O não-exercício da escolha no prazo ensejará ao credor a escolha, dando-se prosseguimento à execução (§ 1º). Já no caso de caber ao credor a escolha da prestação, este deverá fazê-la por ocasião da petição inicial (§ 2º).

Havendo dúvida na identificação sobre a quem cabe a escolha, a obscuridade deve resolver-se em favor do devedor, pelo princípio de que sua esfera de liberdade deve ser menos onerada.

De forma similar ao Código de 1916, mas mais apropriada, o novo Código estabelece, no § 2º, que no caso de a obrigação versar sobre prestações periódicas, a faculdade poder ser exercida a cada período. Com a nova redação deixou-se de lado a referência, do Código de 1916, ao período anual e da escolha a cada ano, deixando a critério das partes a fixação da periodicidade.

O § 3º prevê que, havendo pluralidade de optantes, e divergindo eles, se não alcançarem decisão consensual unânime, após o prazo fixado pelo juiz, caberá a este a decisão, e não a prevalência da vontade da maioria.

O § 4º inova ao dispor que na hipótese da escolha do objeto da prestação ter sido deferida a terceiro, e este não quiser ou não puder exercê-la, caberá também ao juiz o seu deferimento. Assim, a recusa, ou a impossibilidade da atuação do terceiro, não enseja a nulidade da obrigação. Antes, por não haver previsão legal para essa situação, a doutrina entendia que não ocorria o implemento da condição que completava a obrigação por faltar um de seus elementos, gerando conseqüentemente a nulidade da mesma.

Art. 253. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexeqüível, subsistirá o débito quanto à outra.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 885. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação, ou se tornar inexeqüível, subsistirá o débito quanto à outra.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.288; Código Civil português, art. 545º; Código Civil chileno, art. 1.503; Código Civil argentino, art. 638; Código Civil alemão, § 265 (1ª parte); Código Civil francês, art. 1.192; Código Civil paraguaio, art. 486 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CECCHETTI, Raffaello. *Le obbligazione alternative*. Padova: CEDAM, 1997. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este artigo manteve a redação do art. 885 do Código de 1916. Assim, pode ocorrer que apenas uma das prestações, objeto da obrigação, seja possível, ou exeqüível, portanto é nessa única prestação que fica concentrada a obrigação, remanescendo existente o débito, já que não mais se pode falar em escolha.

Pode ocorrer de já no momento do nascimento da obrigação esta apresentar impossibilidade física de cumprimento de uma das pactuadas. Nesse caso, duas prestações foram previstas, mas a obrigação será alternativa apenas aparentemente, pois sempre existiu uma única prestação possível, uma obrigação com objeto exeqüível.

Se forem só duas alternativas, diz-se que a concentração decorreu de um fato.

Já na hipótese de existirem mais de duas prestações, a obrigação restará alternativa com relação às demais.

Ressalte-se o alerta feito por Antunes Varela, no que concerne à hipótese de uma ou algumas das prestações serem contrárias à ordem pública ou aos bons costumes, para a necessidade de averiguação se o vício contamina ou afeta todo o objeto do negócio. Se for assim, o negócio é inteiramente nulo, do contrário, cair-se-á na nulidade parcial. Portanto, poderá haver remanescente.

Tal colocação está conforme a observação de Clóvis Beviláqua, nos *Comentários ao Código Civil,* ao lecionar que quando o legislador estabelece que, se uma das prestações não puder ser objeto de obrigação, subsistirá o débito quanto à outra, afastada, pois, a idéia de que a denominada prestação imoral vicia todo o negócio, isto é, nulas ambas as obrigações, por se entender que a segunda obrigação seria uma cláusula penal disfarçada pelo não-cumprimento da primeira, da nula.

Art. 254. Se, por culpa do devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 886. Se, por culpa do devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.290 (1ª parte); Código Civil português, art. 546º; Código Civil chileno, art. 1.504 (2ª parte); Código Civil argentino, art. 639 (2ª parte); Código Civil paraguaio, art. 487 (2ª parte); Código Civil francês, art. 193 (2ª parte); Código Civil de Quebec, art. 1.548 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves,

1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CECCHETTI, Raffaello. *Le obbligazione alternative*. Padova: CEDAM, 1997. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui a impossibilidade deriva de uma causa imputável ao devedor, a quem cabia a escolha.

A previsão é de que não será possível cumprir nenhuma das prestações, por culpa do devedor. A previsão vai além, ao se referir ao devedor como o legitimado à escolha, que poderá ter ocorrido, ou não. A irrelevância de ter sido feita a escolha ou não está no que já se viu *supra*, isto é, que se feita e impossível sua execução sem culpa do devedor, incumbe-lhe satisfazer a outra prestação.

Como aqui se tem hipótese de impossibilidade de cumprimento de ambas as obrigações, por culpa do devedor, é lógico que por isso fique obrigado ao pagamento do valor da que por último se impossibilitou, porque se entende que foi a escolhida, sobre a qual recaiu a concentração, com a impossibilidade da antecedente.

Só que, além do pagamento do valor da prestação, a lei impõe também a satisfação das perdas e danos, que, logicamente, deverão ser comprovadas.

Não se concede ao devedor, como sanção contra sua culpa, a faculdade de escolher a prestação que se tornou impossível, entregando ao credor o valor respectivo. Por outro lado, a solução nenhuma violência representa para o credor, que já não poderia escolher a prestação a receber.

Se a impossibilidade de ambas foi concomitante, há que se entender que ao credor foi outorgada a escolha de qual servirá para apuração do valor.

Vale lembrar que Clóvis se opunha à redação dada ao artigo, porque entendia que ao credor bastava o valor da obrigação, sendo injusto o acréscimo das perdas e danos, do que discrepava Agostinho Alvim, e boa parte da doutrina.

Art. 255. Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-

se impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos; se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexeqüíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 887. Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações se tornar impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir ou a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos.*

Se, por culpa do devedor, ambas se tornarem inexeqüíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização pelas perdas e danos.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, arts. 1.289 (2ª parte) e 1.290 (2ª parte); Código Civil português, art. 546º; Código Civil chileno, arts. 1.502 (2ª parte) e 1.504 (2ª parte); Código Civil argentino, art. 641; Código Civil alemão, art. 265 (2ª parte); Código Civil francês, art. 1.194; Código Civil paraguaio, art. 487; Código Civil de Quebec, art. 1.549.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CECCHETTI, Raffaello. *Le obbligazione alternative*. Padova: CEDAM, 1997. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: A previsão deste artigo justifica-se pelo fato de que a impossibilidade, decorrente de culpa do devedor, elimina o direito de escolha do credor quanto à prestação que entenda ser-lhe mais conveniente, e a impossibilidade decorre de ação ou omissão culposa do devedor, que, portanto, não está livre da obrigação.

Há que se observar que a impossibilidade culposa pode ser quanto a uma das obrigações ou quanto a ambas.

A lei, no que tange à impossibilidade de uma das obrigações, oferece alternativa, a de optar entre a prestação que restou possível, ou o valor da que ficou impossível acrescido da indenização por perdas e danos decorrentes da não-execução da prestação que se tornou impossível. Assim, nessa hipótese, o direito de escolha do credor é mantido com a alteração de uma das opções.

Antunes Varela, em *Das obrigações em geral*, alerta: "O credor pode exigir uma coisa ou outra, mas não ambas ao mesmo tempo: não lhe é permitido, portanto, pedir uma das prestações possíveis e a indenização pelo facto de não lhe ser possível, por culpa do devedor, efetuar a escolha a que tinha direito".

Já no caso de todas as prestações tornarem-se impossíveis, caberá a escolha ao credor entre o valor de qualquer uma delas, acrescido, obviamente, de perdas e danos. É que nessa hipótese a supressão do direito de escolha não mantém qualquer das obrigações previstas originalmente; não se terá, pois, a concentração, daí o surgimento de outra hipótese.

Art. 256. Se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 888. Se todas as prestações se tornarem impossíveis, sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, tratando da culpa do credor, dispõe igualmente, art. 547º; Código Civil chileno, art. 1.504 (1ª parte); Código Civil argentino, art. 642; Código Civil francês, art. 1.195; Código Civil paraguaio, art. 490; Código Civil de Quebec, art. 1.550.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CECCHETTI, Raffaello. *Le obbligazione alternative*. Padova: CEDAM, 1997. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*:

generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: A previsão é de ocorrer impossibilidade de todas as prestações, sem culpa do devedor, resultando na extinção da obrigação. A solução é idêntica à da obrigação simples, como visto na primeira parte do art. 234.

Pela redação deste artigo, não restam dúvidas de que a extinção "sem culpa do devedor" abrange tanto a culpa do próprio credor como de terceiro, ou ainda os casos decorrentes de fatos. As hipóteses denominadas caso fortuito ou de força maior implicam inexistência de imputação, que só se dá por comportamento culposo do devedor.

Clóvis Beviláqua, comentando o art. 888 do Código de 1916, afirmava que a impossibilidade inocente extingue o vínculo obrigacional, mas alertava para hipóteses não referidas: "A primeira é que o devedor não se ache em mora, porque a mora é uma das modalidades de culpa. A segunda ponderação é que o devedor libertado da obrigação, que se tornou impossível, não poderá reter consigo o que recebeu do credor por ocasião do vínculo. Há de restituir".

CAPÍTULO V
DAS OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS

Art. 257. Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 890. Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores, ou devedores.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 534º (1ª parte); Código Civil alemão, § 420; Código Civil chileno, art. 1.526 (1ª parte); Código Civil italiano, art. 1.314; Código Civil russo, art. 321; Código Civil argentino, art. 674; Código Civil paraguaio, art. 497; Código Civil francês, arts. 1.217,

1.218 e 1.220.

BIBLIOGRAFIA: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. v. 1. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. enneccerus, kipp e wolfF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. Barcelona: Bosch, 1954. v. 1, t. 1. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: A classificação das obrigações em divisíveis e indivisíveis, segundo Clóvis, suscitou muita discussão doutrinária a partir da posição de Dumoulin, em sua obra *Extricatio labyrinthi diviui et individui*, de 1562, que, acolhida por Pothier, resultou nos arts. 1.217 e 1.218 do Código Civil francês, porque, até então, entendia-se o conceito como simples e as normas legais não tinham nenhuma obscuridade sobre a questão.

Os referidos artigos tiveram a seguinte redação:

“Art. 1.217. A obrigação é divisível ou indivisível conforme tem por objeto ou uma coisa que, na sua entrega, ou um fato que, na sua execução, é ou não é susceptível de divisão, seja material, seja intelectual.

Art. 1.218. A obrigação é indivisível ainda que a coisa ou o ato que constitui o seu objeto seja divisível por sua natureza, se a relação sob a qual é ela considerada na obrigação não a torna susceptível de execução parcial”.

Pode-se observar, por outro lado, que a redação do art. 889 do nosso Código de 1916 acabou colaborando para a confusão, porque, em verdade, o dispositivo não deixava de ser uma especificação do princípio de que o credor não tem de receber prestação diversa da que pactuou, conforme o art. 313 do novo Código, e

introduzia o capítulo, restritamente à prestação e não à obrigação em si.

De fato o caráter de divisibilidade, ou indivisibilidade, está inicialmente referido à prestação, que é o objeto da obrigação. Nesse sentido Enneccerus: “A prestação é divisível quando pode ser realizada sem alteração da sua essência ou diminuição do seu valor, por várias partes ou porções de igual conteúdo ou natureza” (Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones, p. 89).

Clóvis dizia que as modalidades de obrigações, dar, fazer ou não fazer, permitiam identificar o caráter de divisibilidade, ou não: “As obrigações de fazer são divisíveis, se as prestações forem determinadas por quantidade ou duração de trabalho. As de não fazer são divisíveis, quando o ato cuja abstenção se prometeu pode ser executado por partes.

3. São indivisíveis: as obrigações de dar coisas certas infungíveis; as de fazer, cujas prestações não tiverem por objeto fatos determinados por quantidade ou duração de tempo; e as de não fazer, quando o fato, cuja abstenção se prometeu não pode ser executado por partes. O Código Civil espanhol, art. 1.151, consagra estas noções. Teixeira de Freitas considera as obrigações de não fazer sempre indivisíveis. Savigny, porém, acha possível a divisibilidade da obrigação de não fazer, e dá o exemplo da obrigação de não demandar, que, transmitida, aos herdeiros, cada um somente em relação à sua parte poderá violar. M. I. Carvalho de Mendonça considera inaplicável a esta espécie de obrigações a distinção de divisíveis e indivisíveis”.

Todavia, a real dificuldade no estudo das obrigações divisíveis, ou indivisíveis, aparece quando se tem pluralidade de devedores para um só credor, ou pluralidade de credores para um só devedor, ou, finalmente, quando se tem pluralidade de devedores para pluralidade de credores, aliando-se a isso a questão da duração da obrigação, que serve para extremar ambos os tipos, na lição de Clóvis V. do Couto e Silva (*A obrigação como processo*, p. 212-213): “A obrigação duradoura, como processo, tem início e fim, mas o adimplemento, que se manifesta no período interimístico, não modifica o débito e apenas impede que o credor exija o que foi adimplido e que já pertence ao passado. Esse tipo de inserção do tempo na essência do vínculo não se manifesta nas obrigações com prestação divisível.

O processo de desenvolvimento da dívida com prestação divisível não oferece maior dificuldade. O débito se extinguirá por partes, restando, após o adimplemento de uma fração, o ‘saldo’ que poderá ser exigido, se se manifestar infração contratual, ou mora”.

Não há que se confundir a prestação com a coisa, o objeto da própria prestação, o que já ocorreu na redação do Código francês, e na doutrina, como observou Jorge Giorgi: "...Esta confusión ha llevado después a los escritores al equívoco de afirmar que para hacer una obligación divisible basta la divisibilidad de su objeto, al menos en partes intelectuales. Lo que es, a nuestro juicio, inexactitud grave" (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, p. 216).

No mesmo sentido Jose Castán Tobeñas: "El criterio para distinguir unas de otras está no en la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas, sino en la naturaleza de la prestación. Obligaciones divisibles son aquellas que tienen por objeto una prestación suscetible de ser cumplida por partes, sin que se altere la esencia de la obligación. Y obligaciones indivisibles son aquellas cuya prestación no puede realizarse por partes sin alterar su esencia" (*Derecho civil español, común y foral*, p. 148).

Mais recentemente tem-se posição diversa, identificando no objeto da prestação a característica da divisibilidade ou não.

Dentre as colocações mais fundamentadas, neste sentido, passamos a referir: Pietro Perlingieri (*Manuale di diritto civile*, p. 299): "Il concetto di divisibilità o indivisibilità muove, dunque, da una prospettiva teleologica: è divisibile l'obbligazione quando l'adempimento pro quota è idoneo e soddisfare proporzionalmente l'interesse del creditore (ad es., pagamento di una somma di denaro). Poichè l'interesse del creditore è soddisfatto non dalla prestazione, bensì dal suo oggetto.

La divisibilità dell'obbligazione presuppone una pluralità di creditori o di debitori (1314). La pluralità soggettiva può anche sopravvenire alla costituzione del rapporto obbligatorio, per successione di piú soggetti all'unico creditore o debitore. Se l'obbligazione è divisibile e non vi è vincolo di solidarietà, pretesa creditoria e obbligo debitorio si ripartiscono tra i vari soggetti: ciascun creditore può domandare l'adempimento soltando per la parte di sua spettanza e ciascun debitore è tenuto ad adempiere soltanto per la sua parte (1314)".

Coincidente colocação tem-se em Antonio Menezes Cordeiro, em *Direito das obrigações*, p. 339: "I — A distinção das prestações em divisíveis e indivisíveis corresponde, no Direito das Obrigações, à separação similar, em Direitos Reais, entre coisas divisíveis e indivisíveis. Simplesmente, ao passo que nestas o critério de divisibilidade é ditado pela natureza da coisa ou pela respeitabilidade da sua função económico-social, nas prestações, impera um critério de satisfação do credor. Assim, a prestação é divisível quando possa ser fraccionada sem

prejuízo para o interesse do credor; na hipótese inversa, é indivisível. As prestações de coisa e de facto podem, ambas, ser divisíveis; nas primeiras, normalmente, a divisibilidade emerge da verificação de igual qualidade na coisa, conjugada com o interesse do credor; nas segundas, tudo depende da concatenação da natureza da prestação com interesse do credor: por exemplo, se L deve transportar uma série de coisas de M, haverá prestação de facto divisível se o interesse de M contemporizar com uma fraccionação na execução, neste caso possível, por natureza.

A doutrina distingue a divisibilidade natural ou objectiva da divisibilidade convencional ou subjectiva; a primeira é ocasionada pela natureza das coisas; a segunda resulta da convenção, nesse sentido, celebrada pelas partes, ao abrigo da autonomia privada".

Dentre nós, no mesmo sentido, Álvaro Villaça Azevedo.

Podemos dizer, portanto, que a obrigação divisível pode decorrer de convenção das partes, ou do próprio objeto da prestação, quando se presume que, na pluralidade de devedores, cada um pagará uma parte, da mesma forma que, na pluralidade de credores, cada um receberá sua parte, sem poder exigir o todo. Decorre que se a hipótese for de pluralidade de credores perante pluralidade de devedores, não se poderá exigir o pagamento por um só dos devedores, nem o recebimento por um só dos credores, mas, sim, o pagamento e o recebimento da parte cabente a cada um.

Fica claro que a tipificação da divisibilidade, ou indivisibilidade, pode-se dar, independentemente da pluralidade subjetiva, em qualquer dos pólos, credor ou devedor, conforme a natureza do objeto da prestação, ou pela estipulação das partes.

Explica Antunes Varela, em *Das obrigações em geral*, p. 665:

"Para que a prestação debitória seja naturalmente divisível, são necessários dois requisitos: 1º Que ela possa ser fraccionada ou repartida em prestações, qualitativamente homogéneas entre si e em relação ao todo; 2º Que o valor de cada uma das prestações parciais seja proporcional (exacta ou aproximadamente pelo menos) ao valor do todo.

Faltando este duplo requisito, a prestação é indivisível, como indivisível é a respectiva obrigação".

Colocação que merece destaque é a que foi feita por Serpa Lopes (*Curso de direito civil*: obrigações em geral, p. 99): "...no domínio da pluralidade de sujeitos, o princípio dominante e fundamental sintetiza-se na seguinte regra: *concursu partes fiunt*. Aparentemente a obrigação parece ser uma só; na

realidade, porém, encerra em si um agregado de tantas obrigações separadas e independentes, quantas forem as pessoas dos credores e devedores. Todo credor tem um direito restrito a sua parte, e de nenhum devedor é permitido exigir-se obrigações, senão dentro dos limites de sua responsabilidade. A prescrição, a novação, a confusão, ou qualquer outra causa modificadora da obrigação não influem na situação da pluralidade. Em síntese: a obrigação é *pro rata* ou *in parte virilis*".

Art. 258. A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: *Código Civil chileno, art. 1.524; Código Civil italiano, art. 1.316; Código Civil argentino, que, diferentemente dos demais, dispõe expressamente acerca das obrigações que considera indivisíveis (p. ex.: a obrigação de dar um corpo certo e a obrigação que tem por objeto a criação de uma servidão predial), arts. 679 a 685; Código Civil paraguaio, arts. 499 e 500; Código Civil francês, arts. 1.217, 1.218 e 1.219; Código Civil de Quebec, arts. 1.519 e 1.520.*

BIBLIOGRAFIA: BERCOVITS, Rodrigo e CANO, Rodriguez. *Las obligaciones divisibles e indivisibles*. Madrid: Instituto Nacional de Estudos Jurídicos, 1973. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos. v. 2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, 20, 21 e 23 dez. 1972. REALE, Miguel. Declarações publicadas no jornal *O Estado de S. Paulo*, 30 e 31 dez. 1972 e 5, 7 e 9 jan. 1973 (em resposta à entrevista concedida pelo Prof. Caio Mário ao mesmo jornal). SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. TOBEÑAS, Jose Castán.

Derecho civil español, común y foral. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Obrigação indivisível é a que não se pode executar por partes; portanto, só é executável por inteiro. Aqui se põe novamente a colocação doutrinária que fala da indivisibilidade da prestação e não da obrigação em si. De qualquer forma o Código trata das obrigações, e assim tem sido na doutrina em geral.

Caio Mário, quando da fase inicial do projeto do novo Código, fez crítica, por meio do jornal *O Estado de S. Paulo* (p. 4, na edição de 20-12-1972), quanto às obrigações indivisíveis, dizendo que o Código, ao defini-las, incidia em dupla falta. A primeira, ao atribuir-se função típica da doutrina, posto que a lei não deve enunciar conceitos teóricos, acentuando: "Somente se transige com as definições legais, quando absolutamente necessário. É certo que as nossas leis, nos últimos anos, adotaram a má técnica".

"A outra falha é que a definição do art. 253 do anteprojeto é imperfeita. Ali se considera indivisível a obrigação somente nos casos de não ser o objeto suscetível de divisão por sua natureza (indivisibilidade natural) ou dada a razão determinante do negócio jurídico. Já que se abalançou a conceituar, completasse então o preceito, abrangendo a indivisibilidade econômica, a saber, quando o fracionamento, posto admissível pela natureza e compatível com a razão determinante do negócio jurídico, venha a reduzir sensivelmente o valor da coisa."

O Professor Miguel Reale, em resposta, no mesmo jornal, disse: "...Até que enfim estamos diante de uma contribuição válida e aceitável, embora de alcance restrito, de certa forma já implícita no art. 86 do Anteprojeto, segundo o qual 'bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, *diminuição considerável de valor*, ou prejuízo do uso a que se destinam'. Como se vê, à luz do Anteprojeto, a 'indivisibilidade econômica' é elemento da estrutura do negócio, quando o fracionamento possa implicar em redução do valor da coisa. Não é demais advertir que o art. 253 constitui um dos pouquíssimos casos em que o Anteprojeto fixa uma definição, só o fazendo para atender a razões sistemáticas. Em regra, as definições do Código atual foram substituídas por normas que descrevem a constituição ou formação do ato ou negócio jurídico, ao invés de dar-lhe as notas conceituais".

Como se vê, vaidades à parte, a proposta do Professor Caio Mário resultou

acolhida no texto do artigo, que é o atual 258, porque, efetivamente, a indivisibilidade econômica decorre da redução substancial do valor da coisa objeto da prestação, inviabilizando a própria obrigação.

Uma das questões que sempre se põe é a de se fixar se é a obrigação ou a prestação que é indivisível.

Castán Tobeñas (*Derecho civil español, común y foral*, p. 149) conclui que é a prestação, como se vê:

"*Causas de la indivisibilidad en las obligaciones*. Depende ella siempre de la indivisibilidad de la prestación, pero ésta, a su vez, puede ser determinada ya por la voluntad de las partes, ya por la naturaleza del objeto.

a) *Indivisibilidad procedente de la voluntad*. La voluntad de los contrayentes o, en su caso, del testador es fuente de obligaciones indivisibles. Puede esta voluntad manifestarse expresa o tácitamente (esto último cuando resulte de las circunstancias de hecho que rodean a la obligación).

b) *Indivisibilidad resultante de la naturaleza del objeto*. Los autores distinguen dos clases de indivisibilidad real: *absoluta* (la que tiene lugar cuando el objeto no admite división) y *relativa* (la que resulta cuando, aun siendo susceptible de distribución en varias prestaciones, vienen éstas consideradas en su unidad íntegra, indivisa y total)".

Bercovitz y Cano, na separata *Las obligaciones divisibles e indivisibles*, p. 508, no entanto, explicam que tal posição, que é a da doutrina espanhola, se dá em face de seu direito positivo, que também se refere à pluralidade de sujeitos, como se vê dos arts. 1.137, 1.138 e 1.139 do Código Civil espanhol. Daí afirmarem que o critério para distinguir as obrigações divisíveis está na medida de indiferença do credor diante da possibilidade de cobrar seu crédito de uma só vez, ou fragmentariamente. Concluem: "Esto depende de que el acreedor reciba de ambas formas la misma satisfacción. Y en principio ese requisito requiere que la prestación (y, por ende, su ejecución) pueda fragmentarse en partes cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales, conservando además su valor económico".

Já o mestre italiano Jorge Giorgi, que também alude à prestação, faz uma ligação direta com a pluralidade subjetiva, como se vê da tradução espanhola de sua obra *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, p. 207, que diz: "Una obligación es indivisible, cuando tiene por objeto una prestación tal, que, dado en la obligación un concurso de varios participantes, no permite a cada acreedor exigir su parte sola como un todo, ni a cada deudor entregar la suya como un todo separado y liberarse así independientemente de los otros; no

permite, en suma, a las obligaciones seguir, en la exacción y en el pago, la regla *concursu partes fiunt*".

A referência do autor à regra enseja que se traga trecho de outro autor, de nacionalidade diversa, que remete à citação para distinguir a indivisibilidade da solidariedade. É o que se tem em Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, à p. 149: "*Diferencias entre la indivisibilidad y la solidaridad*. La obligación indivisible, cuando hay pluralidad de acreedores o deudores, tiene muchos puntos de contacto con la obligación solidaria. La solidaridad y la indivisibilidad, como dice Giorgi, son las dos excepciones la regla *concursu partes fiunt*, que caracteriza a las obligaciones mancomunadas. Sin embargo, no deben confundirse una y otra de aquellas obligaciones, pues se diferencian por su naturaleza y por sus efectos. La indivisibilidad se funda en la naturaleza de la prestación; la solidaridad, en el vínculo mismo de la obligación. Por esto decía Dumoulin que la solidaridad procedía *ex obligatione*, mientras que la indivisibilidad provenía *ex necesitate* (de la imposibilidad de dividir el cumplimiento de la obligación). De este principio se deduce la diferencia importante de que la indivisibilidad cesa cuando, por incumplimiento de la obligación, se transforma en la de daños y perjuicios, mientras que la solidaridad no se extingue por esa transformación.

En los Códigos más modernos que el nuestro se observa cierta tendencia a equiparar la obligación indivisible a la solidaria (véase el § 431 del Código alemán y el artículo 1.317 del Código italiano de 1941)".

Tal referência não se constata no exame quer do Código Civil português, quer do nosso novo Código. Veja-se a interpretação dada por Almeida Costa (*Direito das obrigações*, p. 481): "Acrescente-se que a distinção entre obrigações divisíveis e indivisíveis só manifesta verdadeiro interesse prático a propósito das obrigações plurais não solidárias.

Na verdade, tratando-se de uma obrigação singular, o devedor está adstrito a cumprir integralmente a prestação, seja ela ou não indivisível (art. 763º). E se a obrigação é solidária, deste regime resultam já as consequências a que se chegaria por força da indivisibilidade.

(...)

Veremos que se aplicam aqui certos princípios das obrigações solidárias, na medida em que se não pode fraccionar a prestação. Mas é evidente que estes dois tipos de obrigações se distinguem: as obrigações indivisíveis, como tais, não são solidárias, nada impedindo, no entanto, que se estabeleça o regime da solidariedade numa obrigação indivisível" (p. 483).

Ademais há que se observar a particularidade das obrigações indivisíveis, ainda em contraposição às solidárias, já que os devedores nestas últimas (solidárias) o são pelo todo e *totaliter*, enquanto os devedores de uma obrigação indivisível deixam de dever o todo quando desaparece a causa e se transforma em indenização por perdas e danos, conforme previsto no art. 263.

Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

Parágrafo único. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 891. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.*

Parágrafo único. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, prevendo somente a possibilidade de o credor exigir o cumprimento da obrigação de todos os devedores conjuntamente, salvo disposição expressa de solidariedade ou por força de lei, art. 535º (1ª parte); Código Civil alemão, prevendo a solidariedade dos devedores de coisa indivisível, § 431; Código Civil chileno, determinando que os devedores de obrigação indivisível respondam individualmente pela dívida toda independentemente de tratar-se ou não de obrigação solidária, art. 1.527 (1ª parte); Código Civil russo, estabelecendo o regime de *joint and several obligations*, ou seja, de obrigações conjuntas e solidárias, para os casos de objeto indivisível, art. 322 (1); Código Civil italiano, dispondo ser aplicável às obrigações indivisíveis, no que couber, o regime jurídico das obrigações solidárias, art. 1.317; Código Civil argentino, não determinando a solidariedade nas obrigações indivisíveis, art. 686; Código Civil paraguaio, ressaltando a possibilidade de o credor exigir de qualquer devedor o cumprimento da prestação inteira e determinando a aplicação das normas de solidariedade, no que couberem, às obrigações indivisíveis, arts. 501 e 506, respectivamente; Código Civil francês, art. 1.222; Código Civil suíço, não conferindo às obrigações indivisíveis o caráter de solidárias, art. 70 (2) do Livro V; Código Civil de Quebec, ressaltando a não-aplicação do regime das obrigações solidárias às indivisíveis, art. 1.520.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*: direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, t. 1. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Decorre da indivisibilidade que ao credor cabe receber a prestação por inteiro. Assim, se houver pluralidade de devedores, evidentemente cada qual deles responderá por inteiro, se cobrado isoladamente.

Mas, como há pluralidade de devedores o pagamento feito por um só não implica a liberação dos demais devedores, com o que aquele que pagou fica sub-rogado no crédito que excedeu sua quota-parte da dívida.

Não tendo ocorrido a extinção da obrigação, mas tão-somente a satisfação do credor, o devedor que pagou passa a ocupar o pólo passivo em relação aos demais devedores, que, nem por isso, ficarão onerados na sua dívida, a qual continuará sendo a mesma.

Serpa Lopes, no seu *Curso de direito civil*: obrigações em geral, assim expunha a hipótese legal em exame:

“O direito de haver do devedor a prestação integral, como sucede na obrigação solidária, representa uma derrogação a um princípio natural, decorrente da *utilitatis causa creditoris*. Esse efeito particular das obrigações indivisíveis tem relevo naquelas legislações onde preside o critério ordinário da solidariedade não poder ser presumido. Nas legislações, porém, como sucede no atual Código Civil italiano, em que a solidariedade é regra, os efeitos das obrigações indivisíveis são quase sem importância. O lógico, refere Lacerda de Almeida, seria a convocação de todos os devedores a juízo, para conjuntamente satisfazerem a obrigação. Tal era o que sucedia no direito antigo, mas as dificuldades práticas oriundas dessa exigência determinaram modificação favorável ao credor. Assim, havendo dois ou mais devedores, se a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda, cabendo ao devedor que pagar a dívida, sub-rogar-se no direito do credor, em relação aos outros coobrigados — Cód. Civ. Art. 891 e parágrafo único)” (p. 106 e 107).

Ainda uma vez fala-se na semelhança com a obrigação solidária, como se vê de Jorge Giorgi (*Teoría de las obligaciones*, p. 241):

"El derecho de repetición de que goza, con relación a los otros obligados, el deudor que haya pagado totalmente la deuda, descansa sobre los mismos fundamentos y se ejercita de los mismos modos que los de la deuda solidaria respecto de los codeudores".

Antônio Chaves é no mesmo sentido (*Tratado de direito civil*: direito das obrigações, p. 90):

"Nesta, havendo dois ou mais devedores, manda o art. 891 fique cada um obrigado pela dívida toda, sub-rogando-se, no entanto, o devedor que pagar no direito do credor em relação aos outros coobrigados.

Cada um dos devedores é, pois, responsável pela totalidade da obrigação, como se se tratasse de obrigação solidária".

O próprio Antônio Chaves, em citação, remetia à lição de Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 29), na seqüência, para que não se confundisse a indivisível com a solidária, e é o que também fazemos aqui:

"O devedor solidário está obrigado pela totalidade da obrigação (*in obligatione correali, totaliter debetur*); se, porém, a obrigação é indivisível, o devedor somente paga a totalidade, por não ser possível a divisão; ele deve apenas uma parte (*in obligatione individua, totum debetur ex necessitate, sed non totaliter*, diz Dumoulin). A solidariedade é subjetiva, está nas pessoas, em virtude da *causa obligationis*; a indivisibilidade é subjetiva-objetiva, porque, se recai sobre as pessoas, resulta do objeto da prestação, que se não pode dividir. A obrigação indivisível não perde o seu caráter, quando transmitida aos herdeiros do credor; a solidária perde (art. 901). Por outro lado, convertendo-se em perdas e danos, a obrigação solidária conserva a natureza (art. 902), porque a solidariedade está no próprio vínculo, ao passo que a indivisível não conserva a sua qualidade, no mesmo caso de conversão, porque a indivisibilidade estava no objeto da prestação, e este não é mais indivisível. Além disso, como se verá no artigo seguinte, o devedor tem o direito de pedir caução de ratificação ao credor, a quem paga, quando, sendo a obrigação indivisível, há pluralidade de credores. Sendo a obrigação solidária, não há caução a pedir".

Como se vê, Clóvis acaba por se referir a outra disposição e conseqüência, previstas no artigo subseqüente.

Há que se lembrar que na sub-rogação não se extingue a obrigação; há somente a mudança de pólo subjetivo, por parte de um dos interessados.

Art. 260. Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira; mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:

I - a todos conjuntamente;

II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 892. Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira. Mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:*

I - a todos conjuntamente;

II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, determinando que, enquanto não for o devedor citado para o pagamento, somente pode exonerar-se perante todos os credores, art. 538º (1); Código Civil alemão, estatuindo que o devedor de obrigação indivisível com pluralidade de credores só pode se exonerar perante todos estes, § 432 (1ª parte); Código Civil italiano, possibilitando que apenas um credor exija o cumprimento da obrigação individualmente, art. 1.319; Código Civil argentino, arts. 686 e 687, prevendo que "Art. 687. Sólo por el consentimiento de todos los acreedores, puede remitirse la obligación indivisible, o hacerse una quita de ella"; Código Civil paraguaio, arts. 501 e 505, determinando que: "Art. 501. Qualquiera de los acreedores puede exigir de cada uno de los deudores, o de sus herderos, el cumplimiento íntegro de la obligación o reclamar por cuenta común la consignación de la cosa debida", com a ressalva, no entanto, de que: "Art. 505. Sólo por consentimiento de todos los acreedores puede hacerse dación en pago, novación, traspaso de deuda, remisión de la obligación indivisible, transacción, compensación o confusión"; Código Civil suíço, estatuindo a necessidade de os credores cobrarem e de o devedor fazer o pagamento em conjunto, art. 70 (1) do Livro V; Código Civil de Quebec, dando a possibilidade de um dos credores exigir a realização da obrigação individualmente, art. 1.520 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*: direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, t.1. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito*

das obrigações. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui estamos diante da pluralidade de credores de uma dívida indivisível.

Jorge Giorgi, em *Teoría de las obligaciones*, p. 246 e 247, lembra que cada credor pode exigir o total do crédito, pois seria inconcebível a exigência parcial, até porque não se pode obrigar os vários credores a ficarem de acordo entre si para demandar juntamente o pagamento. Seria quase o mesmo que se fazer ilusório seu crédito.

Daí que a quase-totalidade das legislações acabe estipulando que se um só dos credores exigir o pagamento integral, o devedor, ou os devedores, pode exigir a caução de ratificação dos demais credores, como previsto no inciso II do artigo.

A referência feita por Giorgi a outras legislações foi anterior ao novo Código Civil português, de 1966, que tem uma formulação distinta da do nosso novo Código, ao dispor sobre a necessidade de citação do devedor, e que não mantém simetria com outras disposições, como ensina Almeida Costa. Portanto, tal dispositivo do Código português, de formulação específica, não nos serve de parâmetro para confronto ou analogia.

O dispositivo, que manteve a redação do Código de 1916 (art. 892), à medida que confere um direito a cada um dos credores, o de exigir a dívida inteira, não obriga o(s) devedor(es) a fazer(em) o pagamento integral só ao que cobrou, exatamente em razão da indivisibilidade da dívida. No resguardo do próprio devedor, ou devedores, é que lhe é deferido fazer o pagamento a todos, conjuntamente, ou a um só, desde que este dê caução de ratificação dos demais credores (inciso II).

Quanto a este inciso II, Arnaldo Rizzardo, em *Direito das obrigações*, p. 175, faz um reparo procedente:

“Surge uma dificuldade no pertinente ao inciso II. A caução equivale à garantia. Impende que venha concretizada a garantia da ratificação dos demais credores — garantia esta suficiente para cobrir o correspondente à parte dos outros credores. É o que exige a lei. Não se mostrando bastante, ou não cobrindo

a parte dos créditos dos demais credores, remanesce a obrigação dos devedores. Não vale a quitação dada pelo credor.

Nesta linha a lição de Carvalho Santos, que parece a mais coerente, embora pensamento forte em contrário de outros doutrinadores, como de Tito Fulgêncio: ‘De fato, o que o artigo supra reza é que o devedor ou devedores se desobrigarão pagando... a um, dando este caução de ratificação dos outros credores. Logo, se não dá essa caução, e não obstante o devedor ou devedores pagam a um a totalidade, não ficam desobrigados.

Nem podia ser de outra forma, porque a obrigação indivisível, quanto aos devedores, não importa em solidariedade. E, portanto, não pode o pagamento feito a um, a não ser nos casos expressos em lei, desobrigar o devedor para com os outros credores.

Nas obrigações indivisíveis há independência recíproca dos devedores e credores, razão por que a lei exige justamente a caução de ratificação... Logo, se não for prestada a caução, o pagamento feito a um dos credores não desobriga o devedor para com os outros credores. Perante estes continua a ser o devedor e, como quem paga mal deve pagar duas vezes, continua obrigado a pagar se demandado ulteriormente pelos mesmos’.

Inclusive, como observado, se insuficiente a caução, eis que a mesma não é prestada pro forma, mas no sentido de significar uma efetiva garantia”.

Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, p. 673) faz observações quanto à correta aplicação do artigo, ainda que à luz do sistema luso, mas aqui aplicáveis:

“O facto de cada um dos credores poder, por si só, exigir judicialmente o cumprimento não significa que a obrigação seja solidária, nem muito menos que os factos relativos a um ou alguns deles se reflitam necessàriamente sobre os outros”.

Art. 261. Se um só dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lhe caiba no total.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 893. Se um só dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lhe caiba no total.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 689; Código

Civil paraguaio, art. 504.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: obligaciones en general. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 2. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2.

COMENTÁRIOS: A pergunta que se põe é: por que caberá aos demais credores o direito de exigir do que recebeu prestação por inteiro, em dinheiro?

Ainda que não se tenha expresso no artigo, a hipótese referida é de objeto da prestação indivisível, daquele que a divisão destrói a natureza da coisa, como um quadro, uma escultura, ou mesmo um animal.

Assim, todos são credores de uma prestação cujo objeto é indivisível. Tendo ocorrido o pagamento a um deles, os demais credores não poderão exigir que o objeto se parta ou reparta, pois ele é indivisível.

Como, com o recebimento, o credor que recebeu a prestação indivisível ficou sub-rogado passivamente, deve ele satisfazer o crédito dos demais. Logo, se o objeto da prestação é indivisível, e o sistema não pode ficar sem oferecer uma solução operativa de efeitos jurídicos, ter-se-á de proceder à avaliação do objeto e estabelecer o valor do quinhão de cada um, que será em dinheiro, isto é, sua parte no dinheiro correspondente ao valor da coisa.

A solução dada por este dispositivo decorreu de emenda ao projeto de Clóvis, não tendo paralelo nos demais Códigos da época, que não tratavam da hipótese porque, em princípio, não admitiam o pagamento a um só credor, sem referir à particularidade da indivisibilidade do objeto da prestação, como exceção ao dever de pagar a todos de uma só vez.

Atualmente já se vê disposição semelhante no Código Civil paraguaio, art. 504, introdução já preconizada pela doutrina daquele país, em face da redação do art. 689 do Código anterior. Luis de Gasperi, em *Tratado de derecho civil*: obligaciones en general, já falava da proposta de alteração formulada por

Bibiloni, no seu anteprojeto do novo Código, mas com referência às obrigaçõs solidárias.

Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 127) faz uma observação importante para a atribuição da parte de cada credor. Diz: "Deve sempre ser examinado o negócio jurídico para se verificar qual a parcela de cada um na organização. Se nada dispuser o negócio, presume-se idêntico o direito de cada credor. Da mesma forma, deve ser vista a responsabilidade de cada devedor, na pluralidade de partes no lado passivo".

Art. 262. Se um dos credores remitir a dívida, a obrigação não ficará extinta para com os outros; mas estes só a poderão exigir, descontada a quota do credor remitente.

Parágrafo único. O mesmo critério se observará no caso de transação, novação, compensação ou confusão.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 894. Se um dos credores remitir a dívida, a obrigação não ficará extinta para com os outros; mas estes só a poderão exigir, descontada a quota do credor remitente.*

Parágrafo único. O mesmo se observará no caso de transação, novação, compensação ou confusão.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, referindo-se especialmente à remissão e ao recebimento do preço da coisa, dispõe igualmente, art. 1.532; Código Civil alemão, referindo-se de forma genérica a qualquer fato que se produza somente na pessoa de um dos credores, dispõe da mesma forma, § 432 (2ª parte); Código Civil italiano, art. 1.320 (1ª parte), dispondo, no art. 1.320: "Se uno dei creditori ha fatto remissione del debito o ha consentito a rivecere un'altra prestazione in luogo di quella dovuta, il debitore non è liberato verso gli altri creditori. Questi tuttavia non possono domandare la prestazione indivisibile se non addebitansosi ovvero rimborsando il valore della parte di colui che há fatto la remissione o che ha ricevuto la prestazione diversa..."; Código Civil argentino, determinando que a remissão seja feita por todos os credores conjuntamente, art. 687; Código Civil paraguaio, dispondo da mesma forma, determina a concordância de todos para que se operem os efeitos da "dación en pago, novación, traspaso de deuda, remisión de la obligación indivisible, transacción, compensación o confusión", art. 505.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Ainda que o presente artigo não se refira à qualificação da obrigação, deve-se entendê-la indivisível. Daí que a regra geral tirada do artigo é a de que a remissão só é extintiva se for concedida por todos os credores.

Exatamente por isso que a remissão por parte de um só dos credores não produz o efeito extintivo da obrigação.

Quando do início de vigência do Código de 1916, João Luis Alves, com apoio em posição anterior de Teixeira de Freitas, queria que prevalecesse o texto original do projeto de Clóvis, que condicionava a exigência da obrigação por inteiro pelos demais credores se estes indenizassem o devedor pela cota do credor remitente.

Como se vê, o mecanismo de atuação da lei seria muito mais complexo e desdobrado em obrigações sucessivas, mas havia um raciocínio correto com referência à hipótese do objeto da prestação ser coisa indivisível. Clóvis exemplificava com uma obrigação em que o objeto devido fosse um cavalo. Assim, se um dos credores remitisse a dívida, a exigência do pagamento pelos demais credores implicaria a entrega do cavalo, descabendo falar em desconto, e sim em indenização subseqüente ao devedor, pelo valor correspondente à remissão, o que se faria basicamente em dinheiro.

No Código Civil italiano o artigo correspondente, o 1.320, prevê a extinção parcial da obrigação, na seção das obrigações divisíveis e indivisíveis, referindo-se expressamente a duas hipóteses de comportamento dos demais credores, no caso da remissão por um só: a de debitar-se do valor correspondente ou reembolsar o valor do que foi remitido. Segundo Umberto Breccia, em *Le obbligazione*, tal previsão visa não criar uma vantagem para os credores mediante dano ao devedor.

A expressão “reembolso” parece-nos de melhor técnica que “indenização”,

em que pese a autoridade de Clóvis.

Hipótese geralmente não versada é ainda mencionada por Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 32):

"2. Como bem faz sentir Tito Fulgêncio, nem sempre haverá indenização ou desconto a fazer. Se não há vantagem na remissão, nada há que indenizar. Se, por exemplo, a obrigação é de obter certa servidão, e um dos credores perdoa a dívida, com isso nada lucraram os outros; por isso, nada tem que descontar ou indenizar".

Curioso notar que a doutrina estrangeira, quer a italiana, quer a espanhola, costuma referir-se às hipóteses de necessária atuação de todos os credores quando o ato for em seu prejuízo, como na remissão. Nesse sentido Castán Tobeñas (*Derecho civil español, común y foral*, p. 152-153):

"a) *Indivisibilidad respecto de los acreedores*. Sus consecuencias más salientes son éstas:

a') Los acreedores han de proceder colectivamente para reclamar el crédito y, en consecuencia, la reclamación aislada de un acreedor carece de eficacia para poner en mora al deudor o interrumpir la prescripción.

b') También, y con mayor razón, han de proceder colectivamente los acreedores para realizar actos que puedan prejudicar a sus derechos (por ejemplo, la remisión total de la deuda). Ello está claramente expresado en el citado artículo 1.139, al decir que 'si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos".

Art. 263. Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos.

§ 1º Se, para efeito do disposto neste artigo, houver culpa de todos os devedores, responderão todos por partes iguais.

§ 2º Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo só esse pelas perdas e danos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 895. Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos.*

§ 1º Se, para esse efeito, houver culpa de todos os devedores, responderão todos por partes iguais.

§ 2º Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo só esse pelas perdas e danos.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, tratando somente da hipótese do § 2º do art. 263, art. 537º; Código Civil chileno, tratando também da referida hipótese, art. 1.533 (2ª parte); Código Civil paraguaio, arts. 502 e 503.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*: direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, t. 1. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo mantém-se dentro da colocação tradicional de que a inexecução da obrigação leva à execução de obrigação de indenizar. Entende a obrigação indivisível como não realizada por culpa do devedor, acompanhando os arts. 234, segunda parte, e 239, nas de dar, e 247 e 248, nas de fazer.

Assim, tem-se uma modificação substancial na obrigação, daí o comentário de Serpa Lopes (*Curso de direito civil*: obrigações em geral, p. 108): “Para muitos, a solução não estaria na divisibilidade da responsabilidade por perdas e danos, senão na solidariedade dos co-devedores, mas o nosso Código Civil seguiu orientação diversa; distinguiu o caso em que a inadimplência decorre de culpa de todos os devedores, do em que só de um haja sido a culpa. No primeiro caso, culpa de todos, responderão todos por partes iguais; se for a culpa de um só, este responderá por perdas e danos (Cód. Civ., art. 895, §§ 1º e 2º). Em relação à cláusula penal, prepondera princípio diferente: se um só dos co-devedores for a falta, todos os devedores e seus herdeiros incorrerão na pena. Contudo, integralmente ela só poderá ser demandada do culpado, pois, quanto aos demais, a responsabilidade é dividida na proporção da quota de cada um (Cód. Civ., art. 925).

O princípio porém, não é absoluto. Sofre exceção quando o objeto da pena for, por sua natureza, indivisível, caso em que todos os coobrigados dela são devedores integralmente”.

Assim, transformando-se em obrigação indenizatória, muda seu objeto, posto que, em lugar de uma prestação indivisível passamos a ter uma prestação divisível, pois, como diz Giorgio Giorgi (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, p. 249): “Es regla, no tanto de razón como de buen sentido, que todo efecto cesa cuando falta la causa de donde provino. Aplicando esta regla a la indivisibilidad, resultará claro que la obligación debe dejar de ser indivisible cuando cambia el objeto, y en vez de una prestación indivisible asume por objeto una prestación divisible. Las razones son obvias y palpables. La indivisibilidad no es una figura jurídica creada por la ley para servir a las exigencias de la justicia, sino todo lo contrario, una condición de hecho dependiente de la naturaleza de la prestación, que sirve de obstáculo a la aplicación del principio de justicia *concursu partes fiunt*. Desaparecido aquel obstáculo, el principio reconquistará su natural imperio.

El obstáculo, pues, desaparecerá cuantas veces se sustituya la prestación indivisible por una divisible. Ya ocurra esto por novación, ya por la elección del acreedor o del deudor, entre dos prestaciones alternativas, divisible la una, indivisible la outra, el efecto en cualquier caso será el mismo”.

A alteração da causa, como se pôs, implica a incidência dos parágrafos, que têm hipóteses distintas.

Assim é que ocorrerá a substituição por obrigação não só divisível, como até mesmo pessoal, como se vê de Clóvis: “A responsabilidade originada da culpa é sempre pessoal; por isso quando todos os devedores são culpados, qualquer que seja o vínculo existente entre eles, cada um responde por uma parte igual à dos outros. Se um somente for culpado, exoneram-se os outros” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 32).

CAPÍTULO VI
DAS OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS

Seção I
Disposições gerais

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 896. .....*

Parágrafo único. Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: *Código Civil chileno, art. 1.511 (1ª e 2ª partes); Código Civil argentino, art. 699; Código Civil russo, art. 322 (1); Código Civil suíço, arts. 143 (1) e 150 (1); Código Civil português, art. 512º (1); Código Civil alemão, §§ 421 e 428; Código Civil francês, arts. 1.197 e 1.200; Código Civil italiano, art. 1.292; Código Civil paraguaio, art. 508.*

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, 20, 21 e 23 dez. 1972. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. REALE, Miguel. Declarações publicadas no jornal *O Estado de S. Paulo*, 30 e 31 dez. 1972 e 5, 7 e 9 jan. 1973 (em resposta à entrevista concedida pelo Prof. Caio Mário ao mesmo jornal). TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Verifica-se uma modificação de ordem taxinômica, isto é, de posição do parágrafo em relação ao *caput* do art. 896 do Código de 1916, o que foi justificado por Agostinho Alvim da seguinte forma:

"O art. 896 do Código Civil peca em matéria de taxionomia, pois, já que se

define, o conceito deve encabeçar a disciplina da matéria. O parágrafo deve ser a cabeça do artigo. E vice-versa. E assim se fez.

Conservamos a regra segundo a qual a solidariedade não se presume, ainda agora mantida no art. 513º do Código Civil português, conquanto haja contra isso objeções, melhormente, restrições.

O que cumpre não é modificar aquela regra, senão ampliar aos casos de solidariedade, segundo as necessidades do comércio jurídico".

Apesar da explicação, Caio Mário fez crítica contundente à preservação da definição, ora constante do artigo em exame, o 264, que tinha sido, também, a posição inicial de Miguel Reale, que, como se vê da resposta à crítica, acabou voltando atrás:

"Não tem cabimento a celeuma que o Prof. Caio Mário levanta, por se ter conservado a regra de que 'a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes'. O preceito parece-lhe inatual, discrepante da doutrina moderna. Trata-se, porém, de questão controvertida. Sustentei, pessoalmente, no seio da Comissão, ponto de vista oposto ao do Projeto inicial do Prof. Agostinho Alvim, mas me rendi aos argumentos expendidos especialmente pelo Prof. Sylvio Marcondes, no que se refere às atividades negociais, onde o problema se põe de maneira mais aguda...".

É de observar que Orozimbo Nonato, em *Curso de obrigações*, ao comentar o parágrafo único do art. 896 do Código de 1916, disse, à p. 89, que nosso legislador não se mostrou pródigo em definições, o que está certo e merece elogios, mas, no caso do parágrafo, que continha a definição não prevista no projeto por Clóvis, disse: "No caso, porém, da solidariedade, deixou a noção transcrita, devida a Amaro Cavalcanti, e desmerecedora de reproches".

Ainda que observando ser a definição baseada nos efeitos, portanto nas suas mais notáveis conseqüências, acompanhou o Código Civil italiano, como observa Marco Ticozzi em *Le obbligazioni solidali*, p. 1:

"Il codice fornisce la definizione solidale nell'articolo 1.292 c.c., ove è prevista la 'nozione di solidarietà', con riferimento sia alla solidarietà attiva che a quella passiva".

Praticamente em todo o mundo o conceito é o mesmo, como se vê ainda de Marco Ticozzi (p. 2), referindo-se à doutrina:

"La letteratura quase concordemente individua i presupposti nella pluralità dei debitori o dei creditori, nell'identicità della prestazione (*eadem res debita*) e nell'unitarietà del fatto generatore dell'obbligazione (*eadem causa obbligandi*)".

A mesma observação faz Castán Tobeñas (*Derecho civil español, común y*

foral, p. 122): “Son sus caracteres esenciales: 1º La pluralidad de sujetos. 2º Unidad del objeto o prestación, con indeterminación de partes en la exigencia o en la obligación. 3º La existencia de una relación interna entre los acreedores o entre los deudores por virtud de la cual cada uno de ello, frente a los demás, es sólo acreedor o deudor por parte”.

A questão envolvendo a pluralidade de sujeitos, quer no pólo ativo, credores, quer no pólo passivo, devedores, que já se viu nas obrigações indivisíveis, pode ganhar contornos outros, quando, então, tem-se a solidariedade, que era definida por Savigny como “obrigação que se refere completamente e sem partilha a cada um dos sujeitos, individualmente”.

Os romanistas chamavam tal figura de correalidade, mas a denominação que se fixou foi a de solidariedade, apesar da crítica de Clóvis, que assim justificou sua adesão ao termo “solidariedade”, na sua obra anterior ao Código de 1916 (*Direito das obrigações*): “...Aceitarei, entretanto, a denominação de solidária para esta figura de relações obrigatórias, apesar de vaga e excessivamente extensa, porque está geralmente admitida e já tomou, na ciência do direito, uma significação técnica determinada”.

Almeida Costa, em *Direito das obrigações*, procura explicar bem a figura da solidariedade:

“A doutrina que vê nas obrigações solidárias uma pluralidade de vínculos está de acordo com o disposto no art. 512º, n. 2, do Cód. Civil.

Entendendo-se assim, isto é, havendo vários vínculos, qual o motivo por que, na solidariedade passiva, cada um dos devedores está adstrito à totalidade da prestação, e, na solidariedade activa, qualquer dos credores a pode exigir por inteiro? Eis o segundo problema, susceptível de duas explicações fundamentais.

De acordo com uma delas, o que caracteriza a obrigação solidária é a unidade da prestação — unidade não só objectiva (ou seja, nas relações entre os vários concredores e o devedor comum ou entre os vários condevedores e o credor comum), mas também subjectiva (quer dizer, nas relações dos vários concredores ou condevedores entre si).

Para a outra concepção, aliás perfilhada pela maioria dos autores, nas obrigações solidárias, tal como acontece nas conjuntas, a cada credor ou devedor só compete uma parte da prestação. Existe, contudo, nas obrigações solidárias um vínculo acessório entre os vários concredores ou condevedores, por virtude do qual se explica a possibilidade de o credor solidário poder exigir a totalidade da prestação e o devedor solidário ser obrigado a satisfazê-la integralmente.

Também os autores discutem a configuração deste vínculo acessório: a ideia

predominante é a de mútua representação, mas há quem veja aqui outras figuras, uma relação de mandato, de fiança, de sociedade, de gestão de negócios, etc.

Trata-se, bem o sabemos, de uma questão dogmática, em que o nosso Código Civil não tinha evidentemente que tomar partido. Decorre mesmo do estudo que fizemos dos seus preceitos que nenhuma das referidas concepções será capaz de explicar todas as soluções legais.

A algumas delas servirá, sem dúvida, o princípio da mútua representação (por ex.: as dos arts. 524º, 533º e 864º), mas quanto a outras melhor assentará a ideia de que cada credor ou cada devedor, respectivamente, tem direito ou está adstrito à totalidade da prestação (por ex.: a do art. 519º, n. 2)" (p. 449).

No mesmo sentido a manifestação de Antunes Varela (*Das obrigações em geral*):

"O nexo existente entre as obrigações solidárias não procede apenas da fixação global da prestação; estende-se ao próprio nexo que liga os dois ou mais vínculos obrigacionais, como o termo *solidariedade* logo insinua..." (p. 607).

"*Natureza jurídica da obrigação solidária*. Tem sido também bastante controvertida entre os autores a questão da natureza jurídica das obrigações solidárias. A discussão perdeu entretanto grande parte do seu interesse, quer porque o conceitualismo lógico-formal fez a sua época, com o caso do positivismo legal, quer porque vários sistemas legislativos, entre os quais o nosso, solucionaram directamente, à margem de todos os preconceitos de simetria formal, os vários problemas que cabem no regime da solidariedade.

A questão estava em que uns consideravam a obrigação solidária como *uma só obrigação, com pluralidade de sujeitos*, enquanto outros viam nela *uma pluralidade de obrigações, ligadas entre si por certo nexo* — nexo que estaria na *identidade da prestação* ou na *comunhão de fim*.

Ora parece que a 2ª modalidade (sobretudo na variante que enquadra as diferentes obrigações a que os devedores se acham adstritos numa relação obrigacional unitária) se adapta melhor que a 1ª a alguns dados inquestionáveis do sistema, como sejam: a possibilidade de os devedores estarem obrigados em termos diversos ou com diversas garantias e de ser diferente o conteúdo das suas prestações (art. 512º, 2) e a eficácia restrita que tem vários dos factos relativos a cada um dos devedores.

Todas estas soluções inculcam, na verdade, a ideia de que se está na presença de vários vínculos e não de uma só obrigação.

Esses vínculos estão, todavia, ligados entre si; há entre eles certo *nexo*, que procede, não só da *identidade da prestação*, como da *comunhão de fim* das

várias obrigações” (p. 646-647).

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 896. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.511 (3ª parte); Código Civil argentino, arts. 699, 700 e 701; Código Civil russo, art. 322 (1); Código Civil suíço, arts. 143 (2) e 150 (1); Código Civil português, art. 513º; Código Civil francês, art. 1.202; Código Civil italiano, dispondo exclusivamente acerca da solidariedade passiva, art. 1.294; Código Civil paraguaio, art. 510; Código Civil de Quebec, arts. 1.525 e 1.541.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo está de pleno acordo com o posicionamento da doutrina internacional, visto que a solidariedade tem caráter excepcional, razão por que se não decorrer da vontade expressa das partes, há que decorrer diretamente da lei.

Isso não quer dizer que se tenha de usar o termo “solidariedade”, mas sim que se tem de deixar clara a adoção do seu regime jurídico.

Castán Tobeñas, em *Derecho civil español, común y foral*, em face do Direito

espanhol, assim se expressa, às p. 118 e 119: “Las obligaciones mancomunadas simples son, en nuestro Derecho civil, la regla general, y las solidarias, la excepción, pues dice el Código que ‘la concurrencia de dos o más acreedores e de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el caráter de solidaria’ (art. 1.137) (2). Modernamente, hay cierta tendencia a generalizar la obligación solidaria, sosteniendo el principio opuesto al de nuestro Código Civil. Esta dirección, recogida por el Código Civil alemán (§§ 427 y 431), y más recientemente por el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1.294), responde a favorecer al acreedor, robusteciendo la eficacia de la obligación (1). Orientación que no há sido seguida por el nuevo Código portugués, cuyo artículo 513 — siguiendo las huellas del nuestro — dispone que ‘la solidariedad de deudores o acreedores sólo existe cuando resulta de la ley o de la voluntad de las partes’, si bien la doctrina hace notar que cabe una solidaridad deducida tácitamente de la voluntad de las partes y que en el Derecho mercantil la regla es la solidaridad, al igual que en materia de responsabilidad civil por actos ilícitos y en otros supuestos concretos”.

É de ressaltar, porém, que essa tendência derivada do Direito Mercantil, e que influenciou Alemanha e Itália, não alcançou o nosso Código, que busca unificar o sistema obrigacional.

Aliás, no sistema italiano, a doutrina contemporânea faz distinção entre fonte da solidariedade e fonte das obrigações solidárias, como se vê, ainda uma vez, de Marco Ticozzi (*Le obbligazioni solidali*, p. 23 e s.), mas as obrigações decorrerão ou do contrato (vontade das partes), ou de ato ilícito, ou de previsão legal, conforme a regra geral do art. 1.173 daquele Código Civil.

Art. 266. A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional, ou a prazo, ou pagável em lugar diferente, para o outro.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 897. A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional, ou a prazo, para o outro.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.512; Código Civil argentino, art. 702; Código Civil português, art. 512º (2); Código Civil francês, art. 1.201; Código Civil italiano, art. 1.293; Código Civil paraguaio, art. 509 (1ª parte); Código Civil de Quebec, referindo-se exclusivamente à solidariedade passiva, art. 1.524.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui não se tem a questão de saber se estamos diante de uma obrigação única, com pluralidade de sujeitos, ou de uma pluralidade de obrigações com unicidade de execução, que só se pôs pela doutrina para distinguir a solidariedade perfeita, também denominada correalidade, da solidariedade imperfeita, também denominada correalidade imprópria.

Fixado o conceito legal, não se põe a discussão, já que a solidariedade é a unidade obrigacional diante da pluralidade de sujeitos, independentemente do estabelecimento de condições, termos, ou encargos (modos), específicos a um dos sujeitos, visto que a unidade obrigacional é indecomponível.

A existência de qualquer estipulação favorável a um dos devedores não pode impedir o legítimo direito de efetivação do crédito, razão pela qual, exigido o adimplemento, não cabe a invocação da inocorrência da condição, ou do termo, ou do encargo (modo), referente a um dos devedores, porque ao que beneficia incumbirá ressarcir aos demais, caso, efetivamente, tenha ocorrido a condição, ou termo, ou implementado o encargo (modo).

Antunes Varela, em *Das obrigações em geral*, espanca qualquer dúvida, esclarecendo que não há necessidade de identidade das prestações pelos co-

devedores, desde que haja um núcleo prestacional comum:

"Identidade da prestação? Muitos autores consideram requisito essencial da solidariedade a identidade da prestação (*eadem res debita*) que constitui objecto das obrigações. Outros afastam esse requisito, com o fundamento de que os devedores solidários podem estar obrigados, mesmo nas relações externas, a diferentes prestações, a prestações de diverso conteúdo" (p. 613-614).

"Mas a obrigação não deixa de ser solidária, acrescenta ainda a lei, por *diferente* o conteúdo da prestação de cada um deles.

Com isto, quer o texto significar (dando como assente que a diversidade de conteúdo da prestação se não refere apenas às relações internas) que a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de um dos obrigados responder apenas pelo capital, enquanto o outro responde pelo capital e pelos juros, ou até de ser diferente a soma por que um e outro são responsáveis (dever um 100 e o outro 80 apenas).

No entanto, em qualquer destes casos, só há verdadeira solidariedade em relação à *parte comum* da responsabilidade (quanto ao capital, no primeiro exemplo; quanto à soma menor, no segundo). Só essa parte comum corresponde à prestação integral por que responde cada um dos devedores, nos termos do n. 1 do artigo 512.

Neste sentido, pode realmente considerar-se requisito essencial da solidariedade a identidade da prestação, visto só haver obrigação solidária relativamente à prestação (ou parte da prestação) por que responde qualquer dos devedores ou que qualquer dos credores tem a faculdade de exigir, por si só" (p. 615-616).

Salienta, ainda, que também pode ocorrer diversidade de causa entre os integrantes do pólo passivo, sem que isso desnature a obrigação:

"*Identidade de causa ou fonte de obrigação*? Tem-se perguntado depois se constitui também requisito da solidariedade a identidade de causa da obrigação, que haja entre as obrigações solidárias *eadem causa obligandi*" (p. 616).

"De todo o modo, nada há na lei nem na lógica dos bons princípios que exclua a possibilidade de a solidariedade (perfeita) vigorar entre pessoas que se obriguem em momentos sucessivos, através de causas distintas. Não será isso freqüente, mas *nada há que exclua liminarmente a eventualidade da sua verificação.*

Nos casos de responsabilidade por actos de terceiro (comitente em face do comissário, pessoas colectivas públicas em face dos seus agentes ou representantes, etc.) pode realmente suceder que a *causa* (fundamento) da

obrigação seja diferente para cada um dos responsáveis solidários e que estas obrigações nasçam mesmo de factos distintos, não coincidentes no tempo.

Se houver culpa do comitente ou da pessoa colectiva pública, ao lado da culpa do comissário, a responsabilidade dos primeiros abrangerá logo a má escolha do comissário, *as instruções deficientes* que lhe foram dadas ou a insuficiente fiscalização da sua actividade, ao passo que a responsabilidade do segundo nascerá, em regra, só a partir do facto danoso" (p. 618-619).

Acresce, ainda, que não é necessária a igualdade das prestações devidas:

"Nada impede, no entanto, que sejam desiguais as quotas dos condevedores, podendo inclusivamente suceder que quem cumprir tenha o direito de cobrar-se por inteiro junto de um ou de alguns dos condevedores (como sucede quando o comitente, sem culpa, haja pago toda a indemnização: art. 500º, 3 — ou quando o detentor do veículo automóvel, também sem culpa, houver pago toda a indemnização dos danos provenientes de acidente devido ao locatário, comodatário ou condutor do veículo: art. 507º, 2), ou não tenha qualquer direito de regresso, por só ele dever suportar a prestação (caso do comissário que age culposamente e paga toda a indemnização).

Uma coisa é responsabilidade dos devedores nas relações externas, ou seja, perante o credor; outra, a sua responsabilidade nas relações internas, na roda dos condevedores" (p. 638-639).

Seção II
Da solidariedade ativa

Art. 267. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 898. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação, por inteiro.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 705 (1ª parte); Código Civil alemão, § 428; Código Civil francês, art. 1.197; Código Civil italiano, art. 1.292 (2ª parte); Código Civil paraguaio, art. 512 (1ª parte); Código Civil de Quebec, art. 1.541 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos*

do Brasil comentado. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro e ROMANO, Geremia. *Manuale di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Desde o Direito Romano se afirma que a solidariedade ativa não se presume, sendo certo que no antigo Direito italiano, Código de 1865, dependia de expressa previsão pelas partes, e no Código atual desse país pode decorrer da lei ou da expressa previsão das partes.

Sendo como é uma exceção ao princípio *concursu partes fiunt,* torna clara sua origem voluntária.

Castán Tobeñas, em seu *Derecho civil español, común y foral*, tem observação semelhante:

"En Derecho romano cada acreedor solidario se consideraba como sólo y único acreedor, y, por consiguiente, podía exigir el entero beneficio de la obligación y hacerlo propio sin que los demás acreedores pudiesen reclamarle su porción. El Derecho moderno, por el contrario, admite la existencia de una relación interna, en virtud de la cual el que cobra tiene que rendir cuentas a los demás y darles su parte".

Segundo observação de Clóvis, alguns autores chegaram a confundir solidariedade ativa com representação legal. Ainda que se pudesse ver alguma semelhança, pelo fato de cada credor poder cobrar a integralidade da prestação, esta não subsiste em todos os casos, que só têm em comum a unidade obrigacional, e não a relação pessoal dos credores.

Desde a posição de Planiol, no Direito francês, tem-se que a solidariedade ativa decorre da vontade expressa das partes, mas, como é muito pouco usada, alguns autores acabaram reputando-a letra morta.

Ainda uma vez tem-se observação semelhante em Castán Tobeñas, que chega a ser mais cáustico:

"A diferencia de la solidaridad de deudores, que es una institución ultilísima, la de acreedores desempeña un papel muy escaso en la vida jurídica, sobre todo civil. Como observa Planiol, el único resultado útil que produce, a saber, la posibilidad por parte de cada uno de los acreedores de pedir al deudor el total de la deuda, puede ser obtenido por un simple mandato, de manera más ventajosa, pues la solidaridad ofrece algunos peligros, como el de poner a todos los acreedores a merced de uno de ellos, que puede resultar insolvente. Por esta razón considera el citado autor a la solidaridad activa como una institución muerta" (*Derecho civil español, común y foral*, p. 125).

Clóvis tem opinião no mesmo sentido, ou seja, de que a solidariedade ativa, por ser muito pouco usada, é uma instituição morta, como se vê da p. 37 dos seus *Comentários*, com o que concorda Orozimbo Nonato.

Art. 268. Enquanto alguns dos credores solidários não demandarem o devedor comum, a qualquer daqueles poderá este pagar.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 899. Enquanto algum dos credores solidários não demandar o devedor comum, a qualquer daqueles poderá este pagar.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.513; Código Civil argentino, art. 706; Código Civil suíço, art. 150 (3) do Livro V; Código Civil português, art. 528º (1); Código Civil alemão, § 428; Código Civil francês, art. 1.198 (1ª parte); Código Civil italiano, art. 1.296; Código Civil paraguaio, art. 513; Código Civil de Quebec, art. 1.543 (1ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus,

1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O artigo anterior e o nome da seção levam a crer que se está diante de disposições em favor dos credores.

O presente artigo, o 268, todavia, confere um direito de escolha ao devedor, razão pela qual no Código Civil português o art. 528º, denominado *Escolha do credor*, que se divide em duas partes, tem sua redação inicial conferindo ao devedor a escolha do credor solidário a quem fará o pagamento, e na segunda parte fala na solidariedade estabelecida em favor do devedor.

Daí a observação de Almeida Costa, em *Direito das obrigações*, p. 436:

"Como resulta do art. 512º, n. 1, a solidariedade activa constitui em princípio uma faculdade concedida aos credores, sendo portanto renunciável. Não acontecerá assim, quando a solidariedade entre credores tenha sido estabelecida em favor do devedor — para lhe facilitar o cumprimento —, hipótese que o art. 528º, n. 2, admite expressamente".

Serpa Lopes (*Curso de direito civil*: obrigações em geral) observa que o disposto no art. 899 do Código de 1916, que é a base do atual 268, filiou-se ao art. 1.198 do Código Civil francês, deixando de lado a orientação da BGB, que, no seu § 428, dispõe de forma diversa, permitindo ao devedor o direito de escolha mesmo depois de proposta ação de cobrança contra ele.

Efetivamente o dispositivo confere ao devedor o meio menos oneroso de satisfazer o crédito, com a escolha de um dos credores, mas enquanto não sofre cobrança.

A dúvida que se põe é se a locução "enquanto não for demandado" implica necessário ajuizamento de ação própria, ou envolve qualquer meio, inclusive a simples constituição em mora, ainda que extrajudicial.

Orozimbo Nonato enfrentou a questão, pesquisando inclusive as lições de Tito Fulgêncio, que entendia, com base na doutrina e no Direito francês, que seria quanto a qualquer ato tendente à preservação de direitos. No entanto, com respeito ao real sentido do termo e do que se entende por "prevenção", concluiu que efetivamente demanda é a ação judicial.

No mesmo sentido Orlando Gomes, quando se refere ao exercício da pretensão, mediante propositura de ação de cobrança (*Obrigações*, p. 80).

Esta posição é a que nos afigura correta.

Art. 269. O pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida até o montante do que foi pago.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 900. O pagamento feito a um dos credores solidários extingue inteiramente a dívida.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil russo, art. 326 (3); Código Civil suíço, art. 150 (2) do Livro V; Código Civil português, art. 532º; Código Civil italiano, art. 1.292 (2ª parte); Código Civil paraguaio, art. 513; Código Civil de Quebec, art. 1.542.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Tendo em conta que cada credor solidário pode ser visto como sendo único, conforme os artigos antecedentes, parece decorrer que pode o devedor pagar parcialmente a um deles, passando a valer tal pagamento até o seu montante, consignado na quitação dada.

A redação dada ao presente artigo altera de forma substancial a do art. 900 do Código de 1916, e difere basicamente da do Código Civil francês, art. 1.198, 2ª

parte.

Há que se observar que ocorreu a supressão, por inteiro, do parágrafo único do antigo art. 900, em que estavam contidas figuras de extinção das obrigações diversas da do pagamento, inclusive não satisfativas do crédito, enquanto o *caput* cuidava diretamente do pagamento.

Quer a previsão de figuras de extinção das obrigações diversas do pagamento, quer a integralidade do pagamento, previstas no Código de 1916, ensejaram grandes polêmicas na doutrina brasileira, como já ocorrera em diversos outros países, onde soluções idênticas e absolutamente divergentes foram introduzidas nas legislações.

Inova o dispositivo ao não exigir pagamento por inteiro, como era previsto no *caput* do art. 900 do Código de 1916. A questão da integralidade do pagamento, ou não, merece reflexão, em face das características da solidariedade.

Como Agostinho Alvim enfatizou, a influência do Código Civil italiano no anteprojeto do Livro de Obrigações resultou na introdução dos arts. 273 e 274 nesta seção, o que implica analisar a solução dada naquele sistema, e verificar se compatível com a novidade de admissão do pagamento parcial.

Massimo Bianca, em *Diritto civile*: l'obbligazione, p. 708 e seguintes, lembra que o aspecto externo da solidariedade reporta às relações entre devedores e credores, enquanto o aspecto interno, às relações entre co-devedores ou entre co-credores.

O caráter solidário das relações individuais importa em que todos têm de executar ou têm o direito de receber o adimplemento, na sua totalidade. Do lado externo, débitos e créditos têm por objeto a prestação inteira. Do lado interno, a obrigação se divide entre os diversos devedores ou entre os diversos credores.

Daí que essa divisão nas relações internas não tem por objeto propriamente a obrigação. Não se tem o débito em face do credor e o crédito em face do devedor a repartir-se em quotas, porque aí seria uma obrigação parciária, não solidária.

Tendo em vista que tal posição é praticamente unânime na doutrina, tem-se que se justificava a regra do art. 900 do Código de 1916, como a dos Códigos estrangeiros que se referem à integralidade da dívida.

Porém, mesmo nesses sistemas, a doutrina admitia o pagamento parcial, como observado por Orozimbo Nonato, na obra citada, p. 117 e 118, que inclusive propôs, no projeto que elaborou junto com os Ministros Hanneman Guimarães e Philadelpho Azevedo, a inserção de artigo, sob número 218, em que expressamente menciona o pagamento parcial a um dos credores como presumido no interesse de todos, do que conclui (p. 158) que tal pagamento é

oponível a todos credores, devendo ser distribuído proporcionalmente entre eles.

No mesmo sentido a posição de Jorge Giorgi, no v. 1 de sua obra, na tradução espanhola, *Teoría de las obligaciones*, p. 98:

"95. Como ya se ha advertido, la liberación total o parcial del crédito por un acreedor alcanza a todos sus coacreedores solidarios; de donde se sigue que si el deudor paga una cantidad igual o inferior a la parte correspondiente al acreedor que lo liberta, no puede éste pretender apropiársela desde luego y en total para sí. Y esta es la razón, repetimos, por la que en los actos de liberación cada acreedor representa necesariamente a todos los demás, y trata, no exclusivamente para sí, sino en favor de los comunes intereses".

Diante de tais observações fica claro que a nova redação dada ao dispositivo está muito mais coerente, porque espanca a dúvida que se podia ter à luz do texto antigo.

Assim, o credor que recebe em parte o pagamento, o faz no benefício comum de todos os credores solidários, remanescendo o crédito solidário quanto à parcela faltante. Em função dessa disposição, inaplicável a posição de Almeida Costa, comentando o sistema do Código Civil português:

"É de atender sobretudo ao disposto nos arts. 528º a 533º. Também quanto à solidariedade activa, os actos ou factos respeitantes a um dos credores só tem, de um modo geral, eficácia em relação a esse credor, não alargando os seus efeitos aos outros, mesmo que lhes sejam favoráveis" (*Direito das obrigações*, p. 444).

Art. 270. Se um dos credores solidários falecer deixando herdeiros, cada um destes só terá direito a exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 901. Se falecer um dos credores solidários, deixando herdeiros, cada um destes só terá direito a exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 712; Código Civil português, art. 532º; Código Civil italiano, art. 1.295; Código Civil paraguaio, art. 516.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos*

do Brasil comentado. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O dispositivo é semelhante ao do Código de 1916, onde tinha o número 901.

O tratamento dado está de acordo com as regras relativas à sucessão.

Assim, existindo pluralidade de herdeiros, entende-se que eles formam uma unidade, que perdurará até a partilha, quando então se aplicará o art. 2.023, que manteve a redação do art. 1.801 do Código de 1916.

Como os herdeiros sucedem por quinhão, a cada um caberá só a parte da dívida integrada nele, não mais do que isso, não a totalidade da dívida.

Clóvis lembrava a aplicação da regra *nomina hereditaria pro arte inter heredes divisa sunt.*

A solidariedade só se transmitirá se for um único herdeiro.

Jorge Giorgi, na obra citada, dizia: "...la muerte de un acreedor solidario, que deja varios herederos, no transmite a estos últimos la solidaridad. El crédito pertenece a la herencia, así como pertenecía al difunto, y los herederos pueden, reuniéndose, demandar el pago íntegro y ser considerados solidarios con los restantes acreedores originarios, porque la sucesión hereditaria, para decirlo con palabras diversas, es acreedora solidaria, como lo era el difunto. Pero en la relación entre los coherederos la solidaridad desaparece y cada heredero es acreedor por su cuota, no habiendo entre heredero y heredero vínculo de solidaridad. Esto se encuentra en armonía con el principio de que los créditos de la herencia se dividen *ipso iure* entre los herederos; principio con el que se hallan de acuerdo todos los autores" (p. 93-94).

Art. 271. Convertendo-se a prestação em perdas e danos, subsiste, para todos os efeitos, a solidariedade.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 902. Convertendo-se a prestação em perdas e danos, subsiste a solidariedade, e em proveito de todos os credores correm os juros de mora.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.521 (1ª parte); Código Civil argentino, arts. 711 e 712.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo veio ao nosso direito positivo por obra de Teixeira de Freitas, em seu *Esboço*, com o que não só veio para o nosso Código, como também para o argentino (art. 711).

Os fundamentos do artigo estão na distinção entre obrigação solidária e obrigação indivisível.

É que a solidariedade é de fundo subjetivo, não decorre da natureza do negócio, mas sim da vontade das partes, ou da vontade da lei. Não está centrada no objeto, como ocorre com as obrigações indivisíveis.

A manutenção da solidariedade na conversão da prestação em perdas e danos é regra impeditiva do devedor usar do subterfúgio para deixar de a ela submeter-se. Num certo sentido impede o uso de expedientes violadores do princípio da boa-fé.

A supressão da parte do disposto no art. 902 do Código de 1916 relativa aos juros de mora não afeta em nada o entendimento do artigo, mesmo porque juros são acessórios, que têm de seguir o regime jurídico do principal, no caso, a solidariedade.

Art. 272. O credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento

responderá aos outros pela parte que lhes caiba.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 903. O credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes caiba.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 708; Código Civil russo, art. 326 (4); Código Civil português, arts. 533º e 864º; Código Civil francês, art. 1.198 (2ª parte); Código Civil italiano, art. 1.301 (2ª parte); Código Civil paraguaio, art. 520; Código Civil de Quebec, art. 1.543 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo complementa o disposto no art. 269, em relação ao qual já havíamos afirmado que o credor, que recebe em parte o débito, o faz em benefício de todos os credores solidários.

Aqui, à hipótese de recebimento se soma a de remissão da dívida.

Qualquer que seja a hipótese, recebimento ou remissão, o credor fica responsável perante os demais credores solidários.

Como no pagamento se presume que tenha sido feito em favor de todos, dúvida não há de que deva, no denominado âmbito interno, satisfazer cada uma das demais partes solidárias.

Já na remissão o ato não é em benefício direto dos credores, pois é contrário aos interesses dos demais credores, que já não terão meios de compelir o devedor, ou devedores, ao pagamento.

Clóvis entendia que remissão nesse dispositivo servia como equivalente a todos os meios de extinção da obrigação, como os que estavam previstos no parágrago único do art. 900 do Código de 1916.

Serpa Lopes, em seu *Curso de direito civil*: obrigações em geral, interpretou a disposição no mesmo sentido:

"O principal característico das relações entre co-credores solidários é o seguinte: o crédito se divide em partes ou quotas que se presumem iguais até prova em contrário, tanto que o credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhe caiba (Cód. Civ., art. 903). É verdade que o nosso Código, diferentemente de outros, não consagra nenhuma regra expressa acerca dessa divisibilidade. Mas ela resulta da própria natureza da obrigação" (p. 131).

No mesmo sentido Castán Tobeñas (*Derecho civil español, común y foral*):

"2º Cada acreedor puede extinguir la obligación por novación, compensación, confusión, remisión, etc., alcanzando la extinción plenos efectos por lo que respecta a las relaciones entre acreedores y deudor (art. 1.143, apartado 1º).

1º El acreedor que extinga la deuda por el cobro o por cualquier otro medio, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación (art. 1.143, apartado 2º).

2º El acreedor que realice actos perjudiciales para los demás está obligado a indemnizarles. Así parece inferirse del artículo 1.141, que dice que 'cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial', pues, entendido de otro modo este precepto, estaría en abierta contradicción con el del 1.143. La determinación de qué actos sean perjudiciales es una cuestión de hecho que queda al arbitrio judicial" (p. 126).

De maneira completamente oposta, o Código italiano de 1865 e o atual, de 1942, regularam a matéria, o que ensejou manifestações de Jorge Giorgi de que no direito moderno os credores solidários não podem novar a dano dos outros credores (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno,* p. 106). Se for pactuada novação, com ânimo de tratar dos interesses de todos os credores, estes poderão, voluntariamente, aproveitar-se da novação favorável, mas nunca serão forçados a tanto. Aduz Giorgi que hoje o perdão concedido por um credor solidário tem efeito semelhante ao do *pactum de non petendo*, ou seja, liberar, qualquer que seja a forma, o devedor não de todo o débito, mas só da parte

correspondente ao que confere o perdão, como claramente dispõe o art. 1.185 do Código Civil italiano, que corresponde ao art. 1.198 do Código Napoleônico (p. 107).

Acresce que resultaria contrário à finalidade de propiciar vantagens aos credores que o devedor pudesse opor, em compensação contra todos os credores solidários, um crédito que tem só contra um deles (p. 109).

Analogamente conclui quanto à confusão, que, à míngua de texto legal regulador, a maioria doutrinária sustenta que não extingue o crédito em sua totalidade, mas só na parte do credor que veio a confundir-se na do devedor (p. 109-110).

Conclui dizendo que todos os atos que um credor solidário praticar em desfavor dos demais co-credores carecem de eficácia contra os mesmos (p. 111).

Diz que é princípio fundamental do direito moderno que o benefício das obrigações se divide *ipso iure* entre os vários credores solidários em partes iguais, exceto se algum deles provar que tem um direito exclusivo e mais importante que os outros. Esse princípio, todavia, não foi expressamente declarado pelos Códigos (p. 111-112).

Já na literatura jurídica contemporânea, verifica-se que Umberto Breccia, em *Le obbligazione*, toma posição diversa, resultante da alteração do direito positivo italiano:

“La direttiva generale, nel caso dell’obbligazione soggettivamente complessa dal lato attivo e con prestazione indivisibile, è nel senso che il debitore resta obbligato per intero verso gli altri creditori, ancorché uno di essi abbia fatto remisione del debito o abbia acconsentito a ricevere un’ altra prestazione in luogo di quella dovuta (art. 1.320, 1º comma, ove nella rubrica si parla di ‘estinzione parziale’, nelle altre ipotesi, a cui si è in procedenza accennato, si applica la medesima disposizione: art. 1.320, 2º comma)” (p. 202).

No mesmo sentido a observação de Almeida Costa, quanto ao vigente Direito português, como se vê em *Direito das obrigações*:

“Segundo o art. 864º, n. 3, ‘a remissão concedida por um dos credores solidários exonera o devedor para com os restantes credores, mas somente na parte que respeita ao credor remitente’.

Solução idêntica se registra quanto à confusão: reunindo-se na mesma pessoa as qualidades de credor solidário e de devedor, este fica exonerado na parte daquele (art. 869º, n. 2)” (p. 447).

Art. 273. A um dos credores solidários não pode o devedor opor as exceções pessoais oponíveis aos outros.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil russo, art. 326 (2); Código Civil português, arts. 514º (2) e 531º; Código Civil italiano, art. 1.297 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 34, 1977. PUGLIATTI, Salvatore. *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. XIV, 1958. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. TOBEÑAS, Jose Castán. *Derecho civil español, común y foral*. 11. ed. Madrid: Ed. Reus, 1969. t. 3. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Salvatore Pugliatti, ao discorrer sobre o verbete "Eccezione (teoria generale)", na *Enciclopedia del Diritto*, esclarece que exceção se põe espontaneamente em relação com ação; em verdade se opõe a essa quase como se fosse uma força contrastante. Assim, se a ação é concebida como um "direito", ou um "poder", ou, ainda, "uma situação subjetiva", há que se conceber a exceção como um "contradireito", ou um poder, ou uma situação subjetiva contrária àquela do titular da ação.

Calmon de Passos, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, escreve no mesmo sentido, ao afirmar que a "primeira característica distintiva é a de que a exceção

não pode ser considerada, de ofício, pelo juiz; enquanto se tratando de objeção, deve o magistrado, de ofício, apreciá-la. Destarte, exige-se para a exceção a oponibilidade do réu; dispensa a objeção a provocação das partes. Por força disso a exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exercita com vista a elidir as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor; a objeção é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado".

As exceções qualificadas de pessoais são só as que têm na pessoalidade da relação sua característica para a oponibilidade.

Logo, não se pode pensar em admitir a oposição a quem não esteja diretamente ligado nessa relação originária (que na hipótese só pode ser entre o devedor e credor específico dentre os que figuram como credores solidários), que servirá de contradireito à pretensão de exercício de direito pela outra parte, que, no caso do artigo, são os credores solidários.

Massimo Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione) lembra exatamente que as exceções se distinguem em comuns e pessoais. De modo expresso quanto a estas, diz:

"Per quanto riguarda le eccezioni personali vige invece la regola secondo la quale nelle obbligazioni solidali passive il debitore non può giovarsi delle eccezioni personali agli altri condebitori; nelle obbligazioni solidali attive il debitore non può giovarsi nei confronti di uno dei creditori delle eccezioni personali agli altri concreditori (1.297 cc)".

Ainda que referindo três possíveis derrogações em tal regra, não se tem que alterem a visão diante do nosso texto, até porque o autor, ao comentar tais derrogações, faz remissão à posição de Rubino, que pretendeu distinguir exceções pessoais de exceções estritamente pessoais, às quais não se comunicariam as derrogações aludidas no texto.

Por seu turno, Almeida Costa (*Direito das obrigações*), comentando o Código português, diz: "O devedor pode opor a cada um dos credores solidários os meios de defesa comuns e os pessoais a esse credor, mas não os que pessoalmente respeitem a outros credores (art. 514º, n. 2).

(...)

A prescrição corre independentemente em relação ao direito de cada um dos credores. Conforme estabelece o art. 530º, n. I, a prescrição de um dos créditos só pode ser invocada pelo devedor comum em face dos outros credores solidários — cujos direitos se mantenham devido a suspensão, interrupção ou a

outra causa — na parte respeitante ao credor que viu o seu crédito prescrito. Tanto a suspensão como a interrupção têm eficácia pessoal.

Por sua vez, a renúncia à prescrição em benefício de um dos credores solidários também não produz efeitos relativamente aos outros (art. 530º, n. 2)" (p. 447).

Ainda no Direito português, que acolheu antes que o nosso a disposição, tem-se a posição de Antunes Varela (*Das obrigações em geral*):

"II) Meios de defesa. Tal como, na solidariedade passiva, o devedor se pode defender com os meios comuns ou com os que pessoalmente lhe competem, também na solidariedade activa são oponíveis a cada um dos credores não só os meios de defesa comuns (os que, por sua natureza, se referem a todos os credores, através da relação obrigacional), como os que pessoalmente lhe respeitem (art. 514º, 2).

Entre os meios comuns contam-se a nulidade do negócio de onde procede a obrigação, a excepção do não cumprimento do contrato ou qualquer forma de extinção do vínculo obrigacional, eficaz em relação a todos os credores, como sejam o cumprimento, a dação em cumprimento, a novação, a consignação em depósito ou a compensação.

Entre os meios pessoais de defesa figuram o termo ou a condição relativa a um só dos credores, a incapacidade do credor para receber a prestação, o vício da vontade que atinja um só dos credores (v. gr., dolo ou coacção por ele exercida).

Há, todavia, neste aspecto, uma diferença importante entre as duas variantes da solidariedade. Na solidariedade activa, se os meios pessoais (v. gr., o dolo exercido por um deles) tiverem já sido invocados contra o credor a quem respeitam, podem ser opostos aos restantes quanto à quota daquele; e são mesmo oponíveis directamente a esses credores, dentro dos mesmos limites. De contrário, a solidariedade que, em regra, apenas visa facultar a cada credor a cobrança integral daquilo que todos, em conjunto, têm o direito de exigir, converter-se-ia num processo de locupletamento através do qual um dos credores exigiria não só aquilo a que tem direito, mas também aquilo a que os outros não têm direito" (p. 652-653).

Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 715 (2ª parte); Código Civil português, art. 531º; Código Civil italiano, art. 1.306; Código Civil paraguaio, art. 521.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 34, 1977. PUGLIATTI, Salvatore. *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. XIV, 1958. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo, também sem precedente no Código de 1916, tem íntima ligação com o artigo anterior, visto que se refere, ainda que em parte, às exceções pessoais.

Embora novo no nosso sistema, já era conhecido no Direito estrangeiro, onde existiam disposições semelhantes, ou próximas.

Assim é que Almeida Costa, no seu *Direito das obrigações*, já discorria sobre o Código Civil português:

"O caso julgado entre um dos credores e o devedor pode ser invocado pelos restantes, sem prejuízo das excepções pessoais que o devedor tenha o direito de aduzir em relação a cada um deles. Mas o devedor só poderá opor esse caso julgado ao credor solidário contra quem foi obtido (art. 531º).

O direito anterior era omisso quanto a este problema.

Compreendem-se as soluções legais agora adoptadas: por um lado, o facto de os outros credores poderem invocar a sentença que julgou procedente a acção

satisfaz os seus interesses sem causar prejuízo injustificado ao devedor, que teve oportunidade de se defender no processo; por outro lado, o não se admitir que a sentença que julgou improcedente a acção seja invocada contra os restantes credores solidários destina-se a evitar que estes sejam afectados pela inépcia ou pouca diligência do credor accionante na condução da lide, ou mesmo conluios entre ele e o devedor" (p. 445).

No Direito italiano, Breccia (*L'obbligazione*, p. 196-197) sustenta que antes de 1942 inexistiam disposições textuais sobre o problema, que veio a ser disciplinado pelo art. 1.306 do novo Código.

Seção III
Da solidariedade passiva

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 904. O credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum.*

No primeiro caso, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Art. 910. O credor, propondo ação contra um dos devedores solidários, não fica inibido de acionar os outros.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, arts. 1.514 e 1.515; Código Civil argentino, art. 705; Código Civil russo, art. 323; Código Civil suíço, art. 144 do Livro V; Código Civil português, art. 519º (1); Código Civil alemão, § 421; Código Civil francês, art. 1.200; Código Civil italiano, art. 1.292 (1ª parte); Código Civil paraguaio, art. 512; Código Civil de Quebec, art. 1.523.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C.

Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. Faria, Jorge Leite de Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990. v. 2. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O *caput* deste dispositivo, que equivale ao art. 904 do Código de 1916, reflete a essência da solidariedade, particularmente da passiva, ao fixar que cabe ao credor exigir de qualquer dos devedores a integralidade da dívida, sem que caiba ao cobrado o direito de invocar o benefício da divisão, como pode o credor dividir em partes, cobrando de cada um dos devedores, ou cobrar a parte devida por um e o restante conjuntamente dos demais.

É o reflexo da própria origem da solidariedade, ou seja, que se cria em favor do credor.

Dá-se o que Jorge Giorgi (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*) expõe:

"Cada deudor representa a los demás en la obligación de pagar, y se considera como si fuese sólo. De manera que el acreedor puede dirigirse a su elección contra cualquiera de sus deudores solidarios, y pedirle el pago de la totalidad. Esta es la razón porque no se concibe la solidaridad en las obligaciones de hacer, que exigen el hecho personal de persona determinada; concibiéndose sólo en tales obligaciones respecto al resarcimiento del daño" (p. 134-135).

Por isso que o credor pode fazer a escolha na forma de cobrar seu crédito, como ainda uma vez refere Jorge Giorgi:

"Esta facultad constituye un derecho, no una obligación para el acreedor, el cual puede renunciarla y ejecutar a cada deudor por su parte. Mas, ¿podrá uno de éstos pretender pagarla por entero? Si el ofrecimiento de pago es anterior a la demanda, no puede caber duda alguna. Si después de la demanda de pago parcial, no ha faltado quien piense que el deudor tenía derecho de pagar por

entero. Creemos más justa la opinión contraria, ya que la solidaridad está instituída en interés del acreedor y no de los deudores" (p. 136).

É decorrência da distinção entre a relação externa e a interna, típicas da solidariedade, como já visto, e que no caso específico é assim referida por Pietro Perlingieri, em *Manuale di diritto civile*:

"Nei rapporti esterni (tra creditore e la totalità dei debitori) l'obbligazione si presenta unitaria, ma la complessità soggettiva comporta l'applicabilità di una specifica disciplina, dettata per le vicende dei rapporti tra il creditore e ciascuno dei debitori in solido (1.300 ss.): di regola (e riassuntivamente) si estendono agli altri debitori gli effetti favorevoli, mentre quelli sfavorevoli hanno un àmbito limitato al rapporto tra il creditore e il singolo debitore.

Nei rapporti interni, l'obbligazione si divide tra i diversi debitori (in parti eguali, se non risulta diversamente: 1.298, 2.055), salvo che sia stata assunta nell'interesse esclusivo di uno di essi (1.298). Il debitore, che ha eseguito l'intera prestazione, ha azione di regresso verso gli altri: può ripetere da ciascun coobbligato la quota-parte di sua spettanza (1.299)" (p. 297).

Pode-se reafirmar que os atos relativos a um dos devedores solidários só para ele produzem efeitos, não implicando na esfera dos demais coobrigados solidariamente. Nesse sentido, é claro o ensinamento de Almeida Costa, à p. 437 de seu *Direito das obrigações*.

O antigo Direito português, no então art. 753º, tinha previsão contrária ao exposto, porque dispunha que, se o credor houvesse cobrado judicialmente só de alguns devedores, não poderia cobrar dos demais se não caracterizada a insolvência dos cobrados judicialmente, como se tivesse sido quebrada a solidariedade.

Clóvis criticava a solução do antigo Código português, que foi modificado para se adequar à disciplina da solidariedade, como se vê da observação de Ribeiro de Faria, em *Direito das obrigações*, p. 168:

"...quanto à solidariedade passiva, é nítida a justificação (2): com ela facilita-se o crédito (daí que o Código Comercial estabeleça o regime da solidariedade como regime regra no seu art. 100º) e, do mesmo passo, protege-se o credor contra o risco de insolvência de qualquer dos obrigados (por isso se compreendem disposições como as do art. 497º quanto à responsabilidade civil extracontratual) (3)".

O parágrafo único, que dá nova redação ao antigo art. 910, evidencia mais ainda que a faculdade do credor de cobrar de quem entenda conveniente não afeta seu direito de agir contra os demais devedores solidários, ou, como diz

Orlando Gomes, a escolha do credor não implica concentração do débito, pelo que, se o escolhido para pagar não vier a fazê-lo, remanesce o direito do credor de voltar-se contra os outros, conjunta ou individualmente.

Art. 276. Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 905. Se morrer um dos devedores solidários, deixando herdeiros, cada um destes não será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.523; Código Civil argentino, art. 712; Código Civil português, arts. 515º (1) e 534º; Código Civil italiano, art. 1.295; Código Civil paraguaio, art. 516.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este artigo mantém relação simétrica com o art. 270, que

cuida da hipótese de falecimento de um dos credores solidários, e, também, com as regras relativas ao Direito das Sucessões, visto que, enquanto não ocorre a partilha, inexiste individuação de direitos e de obrigações dos herdeiros (art. 1.791 e seu parágrafo único), pois, desde logo, os herdeiros ficam obrigados pelo todo, podendo pessoalmente um deles vir a ser cobrado pelo todo, mas, após a partilha, cada um responderá na proporção de seu quinhão.

Cada um, tal qual o *de cujus*, responde pelo todo, mas, feita a partilha, que é uma divisão, e se a dívida for divisível, cada qual será responsável proporcionalmente a sua quota.

Assim, a solidariedade persiste, da mesma forma como prevista pelo(a) falecido(a); só deixa de existir quando da partilha.

Nesse sentido, dentre nós, e sem discrepância, Clóvis e Orozimbo Nonato.

Na sua *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Jorge Giorgi tem manifestação semelhante, em face do texto do Código Civil italiano de 1942, art. 1.298:

"Con la muerte de un deudor solidario, que deja varios herederos, la solidaridad se modifica; no cesa entre los deudores, ya que respecto a ellos no hay motivo alguno para hacerla cesar. Menos entre los herederos del difunto deudor solidario, aunque en sus relaciones entre sí se divida la herencia, de modo que cada heredero no queda obligado para con el acreedor, sino hasta donde alcance su cuota hereditaria, pero en esta parte queda solidariamente obligado con cada uno de los deudores primitivos sobrevivientes" (p. 196).

O art. 534º do Código Civil português, mais sinteticamente, regula de forma semelhante.

Art. 277. O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga ou relevada.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 906. O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga, ou relevada.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, estabelecendo que a remissão da dívida, assim como a compensação e a novação, se operadas por um dos devedores solidários, extingue a obrigação, art. 707; Código Civil alemão,

dispondo somente acerca da remissão, § 423; Código Civil italiano, referindo-se em especial à remissão, art. 1.301 (1ª parte); Código Civil paraguaio, art. 514; Código Civil francês, dispondo diferentemente, art. 1.285; Código Civil português, no mesmo sentido que o brasileiro, art. 864º (1).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Também este dispositivo apresenta simetria com artigo antecedente, que no caso é o 269. Mantém a mesma redação do art. 906 do Código de 1916, sobre o qual, em seus *Comentários*, Clóvis referia que quanto à remissão é que existia divergência no Direito estrangeiro. Assim, no Direito Romano, a remissão convencional só exonerava os demais credores se estes tivessem recurso contra o devedor perdoado, e se o credor não houvesse feito reserva de seus direitos contra eles; feita tal reserva, só podia cobrar dos demais com o abatimento da parcela perdoada ao remido.

O Código Civil Napoleônico, segundo Orozimbo Nonato, inspirado em Pothier, regulou de forma diversa da nossa, pois seguiu a linha romana, de sorte que, se o credor não fizer a reserva do direito de cobrar a diferença não perdoada em face dos demais devedores solidários, entender-se-á perdoada toda a dívida.

Por isso Clóvis fazia questão de destacar como sendo mais justa a formulação do Código brasileiro, inclusive porque respeita a noção e a natureza jurídica da solidariedade.

O Código português trata semelhantemente ao nosso, no seu art. 864º, 1, como se vê da interpretação dada por Almeida Costa (*Direito das obrigações*):

"A remissão concedida a um dos devedores solidários somente libera os outros na parte relativa a esse devedor exonerado (art. 864º, n. 1). Assim, por exemplo, sendo a obrigação do montante de noventa contos e três os devedores, em partes iguais, a remissão concedida a um deles limita a responsabilidade dos restantes a sessenta contos" (p. 441).

Já os n. 2 e 3 do mesmo artigo tratam de forma absolutamente discrepante da nossa legislação.

Art. 278. Qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, estipulada entre um dos devedores solidários e o credor, não poderá agravar a posição dos outros sem consentimento destes.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 907. Qualquer cláusula, condição, ou obrigação adicional, estipulada entre um dos devedores solidários e o credor, não poderá agravar a posição dos outros, sem consentimento destes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 146 do Livro V; Código Civil alemão, § 425; Código Civil italiano, referindo-se especialmente aos efeitos da novação, remissão, compensação, confusão, transação e juramento, arts. 1.300, 1.301, 1.302, 1.303, 1.304, 1.305, respectivamente.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo deixa claro que não se pode agravar a posição do devedor solidário sem seu expresso consentimento.

É lógico e coerente o fundamento do artigo, uma vez que a esfera de liberdade dos demais devedores solidários fica comprometida com o agravamento quando este decorreu da vontade exclusiva de um dos devedores, que se onerou pessoalmente, já que pode dispor de sua esfera de liberdade pessoal, não da dos outros.

Art. 279. Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 908. Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.521; Código Civil argentino, arts. 710 e 711; Código Civil português, art. 520º; Código Civil francês, art. 1.205 (1ª parte); Código Civil italiano, art. 1.307; Código Civil paraguaio, art. 515; Código Civil de Quebec, art. 1.527.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este é mais um artigo que mantém a redação do Código de 1916, art. 908.

A regra é lógica e coerente com a natureza jurídica da solidariedade obrigacional.

Todos os devedores solidários podem ser responsabilizados pelo pagamento integral, a critério do credor.

Ora, se um deles, culposamente, torna impossível o cumprimento da obrigação, todos os devedores continuam responsáveis pela dívida por inteiro, porque não desfeita a solidariedade.

São solidários, porém, só na dívida; não o são quanto às agravações decorrentes da culpa subjetiva.

Por isso, só aquele que diretamente deu causa é que responde pelas perdas e danos, as quais são um *plus* em relação à dívida original.

Essa regra é praticamente universal, como se vê da observação de Jorge Giorgi, em *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*:

"En las obligaciones, la pérdida de la cosa debida corre a cargo de todos los deudores, aún cuando sea consecuencia de la culpa de uno sólo entre ellos, e cuando sobrevenga también por caso fortuito después de constituirse en mora alguno de los mismos coobligados. Pero obsérvese bien, cada deudor responde solamente del precio de la cosa perdida, sin estar obligados a resarcir los daños y perjuicios que haya podido experimentar el acreedor.

Si se nos pregunta cuál es la razón de esta diferencia, responderemos que es una razón puramente histórica. Es una tentativa de conciliación de algunos textos romanos, elevados por los modernos legisladores a la dignidad de ley" (p. 139).

"La explicación intentada por Dumoulin y Pothier la rechazan los romanistas modernos, y también la razón natural, que enseña que debe buscarse el criterio para resolver cuando la culpa de un co-reo perjudica al otro co-reo, no en los efectos de la culpa, sino en el caráter de la representación que constituye el vínculo de la solidaridad. No obstante, aún fué aceptada por los compiladores del Código Napoleón en el art. 1.205 y repetida por los del italiano en el 1.191. Constituye, por tanto, en la vigente legislación, un principio de derecho, de cuya fuerza imperativa no puede dudarse" (p. 139-140).

Art. 280. Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 909. Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, arts. 710 e 711; Código Civil chileno, art. 1.521; Código Civil francês, art. 1.207; Código Civil paraguaio, arts. 518 e 519.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Tito Fulgêncio, em *Do direito das obrigações*, edição atualizada por José de Aguiar Dias, p. 331-332, com apoio em Melucci, dizia que: "Os interesses moratórios devidos ao credor não aumentam de fato nem o crédito, nem a obrigação dos devedores, aos quais não seja imputável materialmente à mora; derivam-se diretamente da obrigação principal e do fato do co-réu que é considerado o fato de todos e de cada um na índole e no escopo da solidariedade.

Não há contradição entre o art. 908, do Cód. de 1916, atual 279, e o preceito relativo a juros moratórios.

Aquele cogita das perdas e danos, cujo conceito está exarado no art. 1.059, ao passo que os juros da mora são acessórios da obrigação principal dela

inseparáveis, pena de quebra da solidariedade, de alteração do vínculo — *una obligatio, plures personas* (...)".

Acrescia que, se em face do credor nem aumento nem diminuição houve, o mesmo não se dá com os devedores entre si, pois, devido à culpa de um, os demais tiveram de satisfazer o credor com juros moratórios, pelo que o culpado deve arcar com as conseqüências, recompondo os demais, conforme a parte final do artigo.

Clóvis, por seu turno, fazia a ligação com o art. 956, atual 395, *caput*.

Salientava que a constituição em mora não é só em relação a um dos devedores, mas em relação a todos, tanto quanto na interrupção da prescrição. A questão interna é que leva à composição subseqüente entre devedores.

Lembrava, contudo, que pode ocorrer de a obrigação ser condicional, ou a termo, em relação a um dos devedores solidários, e, quanto a este, pode não ter ocorrido a mora, o que só se dará se sobrevier a condição ou o termo, tornando exigível a obrigação quanto a este devedor também.

Aqui, ainda uma vez se tem a condição de distinguir bem os níveis de relação, ou seja, o externo e o interno; o externo atrelando os devedores solidários ao credor, e o interno, somente os devedores solidários.

A regra não encontra similar nos Códigos italiano e português.

Art. 281. O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 911. O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando, porém, as pessoais a outro co-devedor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil russo, art. 324; Código Civil chileno, art. 1.520; Código Civil argentino, art. 715; Código Civil suíço, art. 145 (1) do Livro V; Código Civil português, art. 514º (1); Código Civil francês, art. 1.208; Código Civil italiano, art. 1.297 (1ª parte); Código Civil paraguaio, art. 522; Código Civil de Quebec, art. 1.530.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito*

das obrigações. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PASSOS, J. J. Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 34, 1977. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PUGLIATTI, Salvatore. *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. XIV, 1958. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo mantém relação parcial de simetria com os arts. 177 e 273, ou seja, o 177 quanto às exceções gerais e o 273 quanto às exceções pessoais.

Por serem as exceções, como referido por Salvatore Pugliatti, forças contrastantes às ações, ou, como diz Calmon de Passos, um verdadeiro contradireito do réu que visa elidir as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor, as qualificadas de pessoais têm na pessoalidade da relação sua característica para a oponibilidade.

Daí não lhe aproveitarem as exceções pessoais de outro co-devedor.

O artigo se refere, também, às exceções que são comuns a todos os devedores.

Quanto a estas, Clóvis dizia não serem somente um direito, mas muito mais que isso, um dever, pois se não opostas pelos devedores, tornam-se eles responsáveis perante seus consortes, como se vê do Código suíço das Obrigações, art. 145, 2ª alínea.

Assim, enquanto as exceções pessoais são classificadas como ônus, a exceção comum a todos os devedores, no sistema suíço, é um dever, mas dentre nós tipifica ônus, porque só beneficia a quem a interpõe.

No Direito português, tem-se as exceções pessoais previstas como não elisivas do direito do credor contra os demais, pelo art. 519º, n. 2, que Almeida Costa (*Direito das obrigações*) diz decorrerem do disposto no art. 287º. Lembra

o autor que se consideram “ainda pessoais tanto os meios de defesa que, embora podendo ser invocados por todos os condevedores, se referem especialmente a um deles e apenas aproveitam aos restantes na parte que a este se refere (ex.: a confusão — cfr. o art. 869º, n. I), como os que aproveitam a todo o grupo condebitório só depois de invocados por aquele dos devedores a que directamente se referem (ex.: a compensação — cfr. os arts. 851º, n. 2, e 523º).

Também o caso julgado entre o credor e um dos devedores só poderá ser invocado pelos outros, segundo o disposto no art. 522º, ‘desde que não se baseie em fundamento que respeite pessoalmente àquele devedor’” (p. 439-440).

Já para Antunes Varela (*Das obrigações em geral*) a referência às exceções comuns esclarece os efeitos diversos dos das pessoais:

“Enquanto os meios comuns atingem a relação obrigacional complexa no seu todo, os meios pessoais atingem apenas uma das várias relações obrigacionais através das quais o credor pode exigir de cada um dos devedores a prestação integral a que tem direito. Os efeitos dos meios pessoais de defesa variam porém, consoante a natureza do facto em que assentam.

a) Uns só podem ser opostos pelo devedor a quem se referem, mas, uma vez invocados, aproveitam a todos em face do credor. É o caso típico da compensação, que, embora só possa operar sobre a declaração do titular do crédito compensável (art. 848º, 1), se torna seguidamente oponível ao credor por parte de qualquer dos condevedores (art. 523º).

b) Outros, além de serem invocáveis apenas pelo devedor a quem respeitam, só a ele aproveitam também, na medida em que o libertam, definitivamente, da obrigação, prejudicando os outros condevedores. É o caso da incapacidade do devedor, da anulabilidade proveniente de qualquer vício da vontade, da não verificação da condição ou do termo que apenas se refira a um dos devedores — factos que, só podendo ser arguidos pelo devedor a quem se referem, não libertam os outros do dever de efectuarem toda a prestação, ao mesmo tempo que os prejudicam (definitiva ou temporariamente) no seu direito de regresso.

c) Outros, finalmente, também só podem ser invocados pelo devedor a quem respeitam, mas não prejudicam os outros condevedores, embora também lhes não aproveitem. São factos que liberam o devedor perante o credor, mas não em face dos outros devedores que contra ele exerçam o direito de regresso.

É o caso da prescrição que, sendo apenas invocável pelo devedor prescribente, não libera este da obrigação de regresso perante os condevedores a quem a prescrição não possa aproveitar (art. 521º, 1). E é ainda o caso da remissão concedida a um devedor, quando o credor reserve o seu direito por

inteiro contra os outros devedores.

Alguns dos meios de defesa oponíveis pelos devedores, quer comuns, quer pessoais, são directamente regulados na lei interessando por isso conhecer o seu regime" (p. 628-630).

Idêntica disposição é anotada no direito italiano por Jorge Giorgi, em *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*:

"Cada deudor goza de la facultad de oponer al acreedor, no sólo todas las excepciones personales, sino aquéllas comunes a los demás codeudores. Sólo quedan prohibidas las personales de alguno de los demás codeudores" (p. 144).

"Si la obligación se anula a instancia de uno de los deudores solidarios por falta o legitimidad del objeto; si se rescinde por lesión, la nulidad o la rescisión favorece a todos los codeudores ¿Por qué? Por la sencillísima razón de que la unidad del objeto es requisito esencial de la obligación solidaria, y, por ende, el vicio del objeto afecta a todos los codeudores, y debe servir de fundamento a una excepción *in rem* o común. Imposible demostrar lo contrario" (p. 145).

Art. 282. O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores.

Parágrafo único. Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, subsistirá a dos demais.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 912. O credor pode renunciar a solidariedade em favor de um, alguns, ou todos os devedores.*

Parágrafo único. Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, aos outros só lhe ficará o direito de acionar, abatendo no débito a parte correspondente aos devedores, cuja obrigação remitiu (art. 914).

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.516; Código Civil argentino, art. 704; Código Civil português, art. 527º; Código Civil francês, art. 1.211; Código Civil italiano, art. 1.311; Código Civil paraguaio, art. 511 (1ª parte); Código Civil de Quebec, art. 1.532.

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA,

Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. v. 1. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este artigo trata das hipóteses de renúncia do credor; total ou parcial, quanto à solidariedade, portanto previsão totalmente diversa da do art. 277, que cuida da remissão, ou renúncia quanto à dívida.

A nova redação dada ao dispositivo suprimiu a parte do parágrafo único do art. 912 que dispunha: “...aos outros só lhe ficará o direito de acionar, abatendo do débito a parte correspondente aos devedores cuja obrigação remitiu (art. 914)”.

Orozimbo Nonato, analisando o art. 912 do Código de 1916, dizia que quem pode o mais pode o menos, daí que, se o credor pode remitir o crédito solidário, com mais razão pode renunciar à solidariedade, quer em relação a todos, quer em relação a alguns dos devedores solidários.

O fato é que, se a renúncia for total, o débito deixa de ser solidário, para estarmos diante de obrigação conjunta, com o que os devedores passam a ser devedores de obrigações distintas, que ficam sujeitas às disposições comuns.

Quando a renúncia é parcial, ou seja, só quanto a alguns devedores, não para todos, os que não foram por ela beneficiados remanescem devedores solidários.

Quanto aos que foram beneficiados, resulta que passarão a ser devedores de dívida conjunta; logo, não mais da totalidade do débito, mas só da parte que lhes caiba. Porém, conforme o art. 284, que se segue, se, antes da cobrança do credor, um dos devedores cair em insolvência, os beneficiados pela renúncia continuarão responsáveis também pelo débito do insolvente.

No que tange aos que não foram beneficiados, por evidente, não podem ter

sua situação agravada unilateralmente pelo credor, portanto a solidariedade remanesce quanto ao débito abatido da parte, agora passível de individuação, dos ou do beneficiado com a renúncia.

Do contrário, se um dos devedores solidários fosse cobrado pelo todo, não poderia ele ressarcir-se no regresso quanto à parte do devedor beneficiado, o que implicaria oneração não consentida pelo que está sendo cobrado.

Antunes Varela, em *Das obrigações em geral*, esclarece que, no Direito português, não se admite falar aqui em remissão, mas só em renúncia, e o tratamento é similar ao nosso, como se vê:

"Distingue-se da remissão (que extingue a obrigação do remitido), porque na renúncia à solidariedade o credor se compromete apenas a não exigir do beneficiário uma prestação superior à sua quota.

Havendo, porém, insolvência de algum dos condevedores, o beneficiário de renúncia responderá além da sua quota perante o titular do direito de regresso e ainda perante o próprio credor que demandou o insolvente".

No mesmo sentido Menezes Cordeiro, em *Direito das obrigações*:

"Como a solidariedade é estabelecida em benefício do credor, este pode renunciar a ela em relação, apenas, a algum ou alguns dos devedores, mantendo-a em relação aos restantes — art. 527º. Isso não prejudica, naturalmente, o direito de regresso destes últimos. O mesmo regime vigora, aliás, quando prescrevam alguma ou algumas das obrigações solidárias — art. 521º, n. 2".

Jorge Giorgi, ao tratar do Direito italiano (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*), revela idêntico tratamento:

"Renuncia. Puede ser absoluta o relativa.

Es absoluta cuando el acreedor la realiza en favor de todos los deudores solidarios. La obligación se convierte entonces en *pro rata* respecto a todos. La interrupción en la prescripción no extiende sus efectos de deudor a deudor; los intereses de mora son de cargo únicamente del deudor constituído en ella; la perdida de la cosa sobrevenida por culpa de uno sólo de los deudores sólo a él perjudica.

Se verifica la renuncia relativa cuando el acreedor restringe sus efectos a un sólo deudor, quedando roto únicamente respecto a él el vínculo de solidaridad, y subsistente tocante a los demás. En suma: el deudor en cuyo favor se hace la renuncia continúa obligado sólo por su parte para con el acreedor, y no es exonerado de sus obligaciones en orden a los demás codeudores pero se transforma en deudor *pro rata*, en tanto los restantes deudores continúan solidarios entre sí" (p. 188-189).

Art. 283. O devedor que satisfez a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 913. O devedor que satisfez a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver. Presumem-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.522 (1ª e 3ª partes); Código Civil argentino, art. 717; Código Civil russo, art. 325 (2); Código Civil suíço, art. 148 do Livro V; Código Civil português, arts. 524º e 526º (1); Código Civil alemão, § 426; Código Civil francês, art. 1.214; Código Civil italiano, art. 1.299; Código Civil paraguaio, art. 523; Código Civil de Quebec, arts. 1.536, 1.537 (1ª parte) e 1.538 (1ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. v. 1. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DANOVI, Remo, ALPA, Guido e BUCCICO, Emilio Nicola. *Codice Civile europeo*: il materiali dei Seminari 1999-2000. Milano: Giuffrè, 2001. v. 5. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: generalidades — espécies. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*.

Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O artigo em análise ensejou e enseja muita discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do direito do devedor que paga e vem a cobrar dos demais devedores solidários, e, depois, quanto a ser somente para o pagamento integral, ou abranger, também, o pagamento parcial.

Quando se estuda o desenvolvimento da questão, verificam-se passagens históricas marcantes, no tocante à natureza jurídica e seus efeitos.

No Direito Romano clássico, não se concebia que da solidariedade pudessem surgir outras relações além daquelas entre credores e devedores, com o que não se admitia que o devedor, que houvesse pago a dívida por inteiro, pudesse agir regressivamente contra os co-devedores. Assim era porque a solidariedade se ocupava estritamente das relações entre o credor e os *correi debendi*.

Daí por que alguns devedores, antes de extinguir a obrigação, procuravam obter a cessão, pelo credor, da ação que este tinha contra os outros devedores.

Foi no Direito justinianeu que se firmou a tendência de se admitir o regresso, independentemente de qualquer relação interna entre os sujeitos de tal cessão. Daí em diante a tendência foi de se aceitar o direito de regresso, em razão da eqüidade, até vir a ser acolhida nos arts. 1.213 e 1.214 do Código Napoleônico.

O regresso, em verdade, restabelecia a *par conditio debitorum*.

A discussão que se seguiu foi sobre se o devedor que paga o todo, portanto mais do que deve, em razão de os demais co-devedores ainda não haverem pago nada, fica sub-rogado ou não, visto que a sub-rogação incide somente no crédito, e não na solidariedade, que se entendia existente exclusivamente para fortalecer a posição do credor, o qual, por já ter sido pago e satisfeito, deixava de dar suporte à solidariedade.

Com a evolução do estudo doutrinário e a visão de dois aspectos distintos, o externo e o interno, na obrigação solidária, passou-se a discutir se ocorria a sub-rogação, ou se o direito do devedor que pagou, em relação aos demais, era decorrência de uma sociedade entre os coobrigados, ou, ainda, de um mandato que as partes se autoconferiam, como se vê da exposição de Jorge Giorgi em *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*:

“Por lo demás, es fácil de concebir el fundamento jurídico de la facultad de repetir. Es el pago efectuado por cuenta de otro en virtud del mandato implícito del vínculo solidario; mandato que otorga un crédito a favor de aquel que pagó,

respecto al que quedó libre. Si al pagar el deudor la totalidad paga su parte y la de sus codeudores, es justo que se convierta en acreedor de estos últimos en la parte correspondiente a cada uno en sus relaciones entre sí" (p. 175).

Chegou-se a invocar a repetição de indébito com fundamento no enriquecimento sem causa.

Dentre nós, a posição de Clóvis foi clara e incisiva em favor da sub-rogação:

"É um caso de sub-rogação legal, o do pagamento feito por um dos coobrigados (art. 985, III)".

No mesmo sentido Orozimbo Nonato, conforme se vê da p. 255 de seu *Curso de obrigações*:

"A idéia de sub-rogação, posto adversada por juristas mui opinados, mostra-se, ao parecer, benemérita de acolhimento.

O argumento contrário a essa concepção, de ser o *solvens* não simplesmente interessado no pagamento de débito, mas sujeito passivo da obrigação, deixa de se apresentar como inconfutável.

O *solvens* — não se atire ao olvido a ocorrência de pluralidade de vínculos e as relações internas entre os devedores — paga, sobre a sua parte própria, dívida alheia, em cuja extinção é interessado".

Tito Fulgêncio, com seu atualizador Aguiar Dias, é de idêntica posição:

"Claramente, ninguém pode exigir de outro que pague mais do que deve.

Parece ilógica esta repartição proporcional, porque o *solvens*, no que se refere às partes dos seus coobrigados, é terceiro interessado que paga a dívida pela qual era obrigado no todo, e, portanto, a seu favor opera-se, de pleno direito, a sub-rogação (art. 985, n. 3).

Ora, o credor podia pedir aos outros e a cada um a dívida inteira, e este direito transferiu-se, por força e com a limitação do art. 988, ao sub-rogado" (*Do direito das obrigações*, p. 373).

Orlando Gomes se refere também à sub-rogação *pleno jure*, ainda que mencione posições contrárias (*Obrigações*, p. 82).

Convém lembrarmos que o art. 985, III, referido por Clóvis, equivale integralmente ao atual 346, III, deste Código e que o art. 988, referido por Tito Fulgêncio, corresponde ao art. 349 do novo Código.

No Direito português a discussão também se deu, mas Antunes Varela (*Das obrigações em geral*) não aceita a posição doutrinária brasileira supra-exposta, e que também era a de Vaz Serra, no Direito português, quanto à sub-rogação:

"*Fundamento do direito de regresso*. As opiniões dos autores divergem

bastante, quando se trata de precisar o fundamento do direito de regresso. A posição de cada um deles varia, em regra, consoante a ideia que se tem da natureza jurídica da solidariedade.

Assim é que, para justificar o direito de regresso, se tem feito apelo *à relação de mandato, à gestão de negócios, à fiança, à relação de sociedade* e ao *enriquecimento sem causa*. Algumas destas concepções não têm, no entanto, o menor apoio nas soluções consagradas pelo direito vigente.

(...)

Certo é, porém, que nenhum dos institutos retrata com inteira fidelidade as soluções aceitas no sistema" (p. 641-642).

"Em primeiro lugar, não é exacto que os condevedores devam ser considerados como terceiros com interesse directo na satisfação (integral) do crédito, uma vez que nem sequer respondem pela mora dos outros devedores nem pela impossibilidade da prestação que a estes seja imputável. Por um lado, *são devedores e não terceiros*; por outro, o seu *interesse* estará, quando muito, em cumprir a quota que compete a cada um deles.

Em segundo lugar, importa reconhecer que sub-rogação e direito de regresso são duas figuras essencialmente diferentes.

A primeira é uma forma de transmissão do crédito, enquanto o segundo é um crédito novo, que nem sequer tem o mesmo objecto do direito extinto.

Além disso, a sub-rogação envolve a transmissão de todas as garantias e outros acessórios do crédito (arts. 594º e 583º).

E não é esse o regime que quadra a um direito *ex novo*, como o direito de regresso, nem à *natureza própria* da obrigação solidária, que está na base do direito de regresso.

(...)

Na mesma ordem de ideias, não se justifica que se estenda ao condevedor solidário o *beneficium cedendarum actionum* que se concede ao fiador. As garantias constituídas na obrigação solidária representam uma vantagem a que o credor pode livremente renunciar, visto serem prestadas no seu exclusivo interesse, sem consideração especial pelo interesse dos coobrigados, a não ser que a renúncia do credor viole o princípio da boa fé prescrito no art. 726º, 2: neste caso, haverá lugar, não à liberação do devedor, mas à indemnização pelo dano sofrido com a eventual insolvência de algum dos coobrigados" (p. 643, 644 e 645).

Na doutrina italiana mais recente também se encontra dissenso. Breccia, em *Le obbligazione*, p. 188-191, ao tratar da questão, vai analisando as posições

doutrinárias, até chegar à específica da sub-rogação, para negá-la, ainda que prevalente na jurisprudência, como se pode ver dos trechos seguintes:

"Il riferimento alla 'divisione' dell'obbligazione soggettivamente complessa compare nel codice con riguardo alla fase successiva all'integrale esecuzione della prestazione da parte di uno dei condebitori o nei confronti di uno dei creditori in solido.

(...)

...la legge presume che sia paritario il riparto tra tutti dei vantaggi e degli oneri (art. 1.298, 2º comma; significativa è la corrispondenza con la presunzione di uguaglianza delle quote nel caso di contitolarità dei diritti reali: art. 1.101; Busnelli, 1979, 350-351).

(...)

...in mancanza di una previsione espressa in senso contrario, il riparto finale è eguale per tutti (Bianca, 1990, IV, 718; Busnelli, 1979, 342-343).

È necessario che il condebitore, il quale ha eseguito la prestazione per intero o comunque in misura eccedente la sua quota, si rivolga a ciascuno degli altri condebitori.

(...)

La palese *ratio* redistributiva della disciplina legale giustifica l'imposizione di obblighi diretti a riequilibrare la situazione che si è creata, ma lo strumento applicabile non è assimilabile allo schema della ripetizione dell'indebito, che ha un altro presupposto di struttura, sebbene nel codice si affermi che il condebitore, il quale ha pagato l'intero debito, ha 'diritto di ripetere' dai condebitori soltano la parte di ciascuno. L'espressione 'ripetere' ha un significato ben diverso da quello a cui si fa riferimento negli artt. 2.033-2.040 (art. 1.299, 1º comma).

Il 'diritto di regresso' è regolato in maniera specifica con riguardo alla disciplina delle obbligazioni solidali (art. 1.299, 1º comma): con un'espressione che, per quanto sia generica e impropria, esclude che per effetto dell'integrale adempimento si abbia un' ipotesi di successione per legge del condebitore nel diritto di credito che il creditore vanta nei confronti di ciascun debitore.

L'ipotesi della successione per legge nell'ato attivo del rapporto obbligatorio quale conseguenza del 'pagamento' presuppone, alla stregua di ogni altro fenomeno successorio, che il diritto in cui il debitore subentra sia identico al diritto 'ceduto' (cap. VI, nn. 10-15; l'opinione è condivisa anche da quanti escludono che il 'pagamento con surrogazione' dia vita a un fenomeno successorio e si pronunciano nel senso dell'estinzione seguita dalla nascita di un

credito che ha le qualità e le prerogative del credito estinto: Buccisano, 1958, 35 s.).

Nel caso del ‘regresso’ il legislatore usa un’espressione (‘diritto di ripetere’) che esclude l’assimilazione della prestesa del debitore al contenuto del credito originario. In presenza di un enunciato puntuale non sembra giustificato attribuire un primato alla disposizione dell’art. 1.203, n. 3 (là dove si afferma che la surrogazione ha luogo di diritto ‘a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo’). L’art. 1.299, 1º comma, sembra sottrarre l’adempimento del condebitore solidale al raggio di applicazione della ‘surrogazione per pagamento’ (Busnelli, 1974, 426-427; Barassi, 1963, I, 231; cap. VI, nn. 1015).

...il sistema è ben più lineare: l’art. 1.299, 1º comma, attribuisce il ‘diritto di ripetere’ (regresso) al condebitore che ha pagato l’intero, sì che è esclusa la surrogazione nei diritti del creditore; l’art. 1.298, 1º comma, non prevede il regresso nel caso in cui ‘l’obbligazione sia stata contratta nell’interesse esclusivo di uno debitori’, sì che in tali ipotesi è ammesa la surrogazione legale (art. 1.203, n. 3). Il ‘regresso’ si applica ove sorga il problema di una redistribuzione proporzionale o paritaria tra contitolari. La ‘surrogazione’, in presenza di un pagamento imposto dal vincolo di solidarietà, viene in considerazione quando l’autore del pagamento adempia in virtù di un obbligo fondato su di un titolo distinto (garanzia personale; Busnelli, 1974, 429-429; per una ricostruzione ancora diversa, secondo la quale la surrogazione pure in tali casi sarebbe esclusa: Grasso, 1984, 100 ss.). Difatti: è noto che la legge parla espressamente di surrogazione (art. 1.954) del fideiussore adempiente (che a sua volta è liberato, se l’adempimento è posto in essere dal debitore principale); d’altro canto, lo strumento del ‘regresso’ opera in funzione di riequilibrio, secondo il principio della parità-proporzionalità di trattamento, soltanto nel caso di confideiussione (art. 1.954; e a quest’ultima ipotesi sembra referirsi l’art. 1.299, 3º comma, che estende anche all’obbligazione assunta ‘nell’interesse esclusivo di uno dei debitori’ la regola della ripartizione per contributo tra tutti i debitori, compreso il debitore che ha eseguito il pagamento, della perdita provocata dall’insolvenza: Andreani, 1988, 709-713, 717 ss.).

Quella descritta nel testo è tuttavia un’opinione di minoranza; la possibilità dell’utilizzazione di entrambi gli strumenti di tutela, a favore del condebitore che ha pagato l’intero, non soltanto, come si è rammentato, è affermata in maniera costante dalla giurisprudenza, ma è condivisa dalla prevalente letteratura, secondo un indirizzo di pensiero che ha lontane origini, poiché già si trova

attestato negli anni successivi alla codificazione napoleonica (altre essenziali notizie in Bianca, 190, IV, 716-724)".

Marco Ticozzi, em *Le obbligazioni solidali*, dedica todo um capítulo, o quarto, ao regresso (p. 137-167). Parte das premissas (p. 137-139), analisa a igualdade e a desigualdade das quotas internas (p. 146-148), o objeto do regresso (p. 149); trata, a seguir, do regresso e da sub-rogação legal (p. 149-153), para desenvolver as diferenças de disciplina possíveis conforme as variantes fáticas (p. 153-155), e concluir sobre as perspectivas diversas de reconstrução dos institutos do regresso e da sub-rogação legal, vindo a concluir:

"Tale ricostruzione del rapporto tra surrogazione e regresso pare condivisibile soprattutto ove si osservi che la surrogazione, anche a volerla considerare quale autonoma azione esperibile dal *solvens* non potrebbe comunque comportare la facoltà in capo al *solvens* di agire verso ogni consorte per l'intero. In considerazione della disciplina generale delle obbligazioni solidali e soprattutto del rilievo che l'obbligazione nei rapporti interni si divide, da tale azione non potrebbero infatti derivare al *solvens* maggiori diritti rispetto a quelli attribuiti dal regresso (Merlo 1933, 169; D'Avanzo 1943, 69; Magini 1924, 74).

Ciò è confermato anche dal fatto che se 'il *solvens* intendesse surrogarsi ex art. 1.203 c.c. onde ottenere un *quid pluris vel aliis* — ad esempio l'intero importo corrisposto al creditore —, dovrebbe comunque munirsi di titolo verso i condebitori, essendo la sua mera dichiarazione di volontà assolutamente insufficiente ad ottenere in via esecutiva l'adempimento del debito. Egli resterebbe quindi sempre soggetto all'eccezione di parziarietà ex art. 1.299 c.c., ovvero al diritto dei condebitori di non pagare nulla più della quota presuntivamente eguale a carico di ognuno' (Sicchiero 1996, 1015).

Si aggiunge poi che i due istituti così intesi non sarebbero incompatibili, 'giacché al solvens che agisce in regresso la surrogazione serve ai soli efetti della possibilità di avvalersi delle garanzie già esistenti a favore dell'accipiens ma nei limiti in cui il regresso è dato: donde il divieto, come già detto, di ottenere in virtù della surrogazione in quelle garanzie, più di quanto gli competa in forza del diritto di regresso' (Sicchiero 1996, 1016).

Ne consegue, come detto in precedenza, che al *solvens* spetterano comunque, cioè anche nel caso in cui fossero esclusi nell'originario rapporto, gli interessi legali su quanto pagato dal dì del pagamento (Sicchiero 1998, 559)".

Diante de tanta divergência, que fica mais grave em razão de diferente tratamento legal em outros países, há que se buscar posição em face do novo Código.

Como o artigo em exame dispõe quanto ao devedor que já efetuou o pagamento da dívida integralmente e que pretende haver dos demais co-devedores a parte de cada um, tem-se de lembrar, desde logo, que está expressamente previsto que, se houver um insolvente, a parte dele será dividida entre todos os devedores, igualmente, e que as quotas individuais, se não houver expressa quantificação, serão presumidas iguais.

A situação desse devedor que pagou em face dos demais se põe como decorrente da relação interna, que ganha eficácia com o pagamento do credor, na relação externa.

A solidariedade, que tem sua razão de ser no interesse do credor, que, tendo sido satisfeito com o pagamento integral, atingiu seus fins, implica extinção daquela, o que dá origem à eficácia da relação interna entre os devedores.

Fala a doutrina que, com a satisfação do credor, dá-se a sub-rogação em favor do devedor que efetuou o pagamento.

Como a sub-rogação, pelo art. 349, transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, não se pode pretender que o devedor tenha ficado sub-rogado em dívida solidária, como já referia Pontes de Miranda, no seu *Tratado de direito privado* (v. 22, § 2.757, 2, p. 356 e 358), já que o pagamento, satisfazendo o credor, extinguiu a solidariedade.

Por outro lado, a situação corresponderia ao disposto no inciso III do artigo 349?

Ali o que se põe é a sub-rogação do *terceiro interessado*, que paga a dívida pela qual era, ou podia ser, obrigado, no todo ou em parte.

Orlando Gomes entende que o devedor solidário que paga a dívida é terceiro interessado (*Obrigações*, p. 141), acompanhando Clóvis, no comentário ao art. 985, III, do Código de 1916.

Porém, ao examinar os dispositivos relativos ao pagamento, particularmente o art. 304 (art. 930 do Código de 1916), *caput*, que não fala em terceiro, mas somente em interessado, Clóvis conclui ter interesse próprio o devedor, puro e simples, do que decorre, com maior razão, que é interessado o devedor solidário.

Diversamente do que afirma Antunes Varela, o devedor solidário tem, sim, interesse na satisfação da dívida, porque pode ser responsabilizado integralmente por ela, já que esta é a característica externa da obrigação solidária. Seu interesse em saldar é lógico, pois, mesmo tendo responsabilidade limitada na relação interna, pode evitar constrangimento de vir a ser cobrado pelo todo em momento no qual não tenha plenas condições de satisfazer integralmente a dívida.

Portanto, tem, sim, interesse direto.

O que não se divisa é que passe a ter todos os direitos do credor originário, porque, evidentemente, desde logo, com o pagamento, deixou de existir a solidariedade, e, portanto, a possibilidade de exigir o todo de qualquer dos outros co-devedores originários.

Aliás, reconhece-se a estes o direito de oporem as exceções pessoais que tiverem, em face do exercente do direito de reembolso, denominação dada por Pontes, para evitar a designação de regresso ou repetição, que ensejam confusão, devido ao uso específico de tais termos em outras situações.

Enfim, como dizia Serpa Lopes, em seu *Curso de direito civil*, p. 158:

"Uma vez extinta a dívida, o que daí por diante surge é um complexo de relações entre os próprios co-devedores, desaparecendo, inteiramente, qualquer vestígio da situação originária. Tudo quanto, a partir dessa nova fase, importa, é a apuração ou o rateio da responsabilidade entre os próprios co-devedores, sob um aspecto da mais intensa divisibilidade, pois tão-somente resta partilhar entre todos a quota atribuída a cada um no débito extinto".

Esta é a razão de, em outros direitos positivos, como na BGB, falar-se em *nivelação*, no § 426, e na proposta do Anteprojeto de Código Europeu de Contratos (*Avant-Projet Code Europeen des Contrats*), ofertado pela Academia dos Jusprivatistas Europeus, publicado pela Giuffrè, em 1999, não se referir à sub-rogação, como se vê no seu art. 88, 2, que diz:

"Art. 88. Éxécution des obligations solidaires et indivisibles

1. (...)

2. Le codébiteur qui a éxécuté totalement ou partiellement l'obligation a le droit d'exiger des autres codébiteurs les quote-parts de la dette payée ou de la patie de la dette payée qui sont à la charge de chacun d'entre eux et qui, sauf convention contraire, sont réputées égales".

A preocupação de não se fazer referência quer a direito de regresso, quer a repetição, como de não mencionar a sub-rogação, fica patente, e permite concluir que o devedor que paga o todo de débito solidário tem é direito próprio de exigir dos demais co-devedores a obrigação de cada um de cumprir com sua parte.

O exercício de tal direito não advém de substituição alguma nos direitos do credor originário, é o que nos parece, principalmente diante da ausência de referência expressa em nosso novo Código.

Aliás, a previsão excepcionante da repartição da quota do insolvente de maneira proporcional às demais quotas revela que o fundamento do artigo é o de que cada um responda por sua parte na obrigação solidária perante o credor, e

correspondente a dever interno de manter a proporcionalidade da responsabilidade pelo todo.

De tal conclusão decorre que, mesmo não constando do dispositivo a hipótese de pagamento parcial pelo devedor, a interpretação sistemática leva à conclusão que é de rigor, em função de corresponder à parte final do *caput* do art. 275.

Art. 284. No caso de rateio entre os co-devedores, contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 914. No caso de rateio, entre os co-devedores, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente (art. 913), contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor (art. 912).*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.214; Código Civil italiano, art. 1.313; Código Civil paraguaio, art. 511 (2ª parte); Código Civil de Quebec, art. 1.538 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DANOVI, Remo, ALPA, Guido e BUCCICO, Emilio Nicola. *Codice Civile europeo*: il materiali dei Seminari 1999-2000. Milano: Giuffrè, 2001. v. 5. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. ROCCA, Paolo Morozzo Della. *Gratuità, liberalità e solidarietà*: contributo allo studio della prestazione non onerosa. Milano: Giuffrè, 1998. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo tem estreita conotação com o que acabamos de expor no final do artigo precedente.

Assim, na solidariedade passiva, o que se tem no aspecto interno é que cada um tem um dever específico a cumprir, dever que o mantém solidário aos outros, cabendo lembrar que o art. 3º, I, da Constituição Federal põe como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*.

O autor italiano Paolo Morozzo Della Rocca, na sua obra *Gratuità, liberalità e solidarietà*: contributo allo studio della prestazione non onerosa, tendo em vista as mudanças ocorridas no âmbito constitucional dos povos, busca fazer uma reconstrução do conceito de solidariedade, diante da multiplicidade de referências semânticas ao conceito de solidariedade como valor jurídico. Assim, no tocante à atividade da solidariedade entre os sujeitos privados, tem um âmbito diferente daquele que se utiliza na formação de grupos sociais particularmente significativos, como a família ou a empresa. Por isso, ao sentido primário de "estar junto" dos pequenos grupos, pode-se chegar ao conceito hodierno da solidariedade como reconhecimento da necessidade das pessoas, seja em relação ao programa de segurança social do Estado (solidariedade vertical), seja em relação a atividade da autonomia privada (solidariedade horizontal), ou, ainda, o reconhecimento de outro, o da necessidade de o sujeito pertencer a identidades coletivas mais amplas, de tempos em tempos.

Prossegue o autor referindo que se tomou, na formulação constitucional italiana, a solidariedade como uma cláusula geral de canalização das exigências emergentes a nível de sociedade civil, que se exprimiu mediante a capacidade desta de objetivar como valor um inexcedível apelo emotivo. Tal observação é perfeitamente aplicável à nossa formulação constitucional.

Mas, no tocante à solidariedade horizontal, lembra que muito antes da formulação constitucional o direito privado já a ela se referia, e, baseando-se em Pietro Perlingieri, diz que ainda que a solidariedade tenha adquirido funções altíssimas e proeminentes, como valor ordinatório, só com sua inserção nos princípios supremos da Constituição, encarnou-se e especificou-se nos diversos setores do direito privado. Daí trazer novos reflexos para os tratamentos anteriormente consignados no sistema ordinário.

Partindo de tais observações encontra-se reforço para concluir que, em razão da fixação da solidariedade obrigacional, há que se dar destaque exatamente à correspectividade das obrigações internas, no respeito à igualdade de deveres, mas referida à proporcionalidade das obrigações.

Assim é que, em havendo rateio entre os co-devedores, todos têm o dever de contribuir para que haja a satisfação integral do crédito. Daí por que, ocorrendo a hipótese de um, ou mais de um, tornar-se insolvente, todos os demais têm o dever de cumprir a obrigação quanto a tal parte (do insolvente), ou seja, obrigação proporcional.

Aqui, o exemplo da solidariedade que atinge até os que já haviam sido dela exonerados, posto que têm o dever comum de não permitir a oneração gravosa para os que não foram objeto da benesse da exoneração.

Tal forma de previsão, que vem da antigüidade, mantém-se em quase todos os sistemas, evidenciando que muitas vezes os exemplos do direito privado é que alcançam os níveis constitucionais, civilizando a sociedade.

Art. 285. Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 915. Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.522 (2ª parte); Código Civil francês, art. 1.216; Código Civil paraguaio, art. 523 (1ª parte); Código Civil de Quebec, art. 1.537 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1969. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: obrigações em geral. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1995. v. 2. TICOZZI, Marco. *Le obbligazioni solidali*. Padova: CEDAM, 2001. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Sem mencionar diretamente situações concretas, o dispositivo deixa claro que a solidariedade voluntária pode ser assumida sem que haja débito originário por parte do que vem prestar garantia.

O dispositivo se refere à hipótese excepcional do sentido da solidariedade no débito, o que não interessa ao credor, porque a questão de relacionamento exclusivo no âmbito interno da obrigação solidária não afeta o pagamento.

Praticamente a doutrina toda fala da hipótese de fiança, cujo exemplo não deixa de oferecer certa dificuldade diante da existência do benefício de ordem, pelo qual o fiador pode exigir que o credor primeiro busque cobrar a dívida do próprio devedor, antes de exigir-lhe o cumprimento da garantia (art. 827 e seu parágrafo único).

No caso do aval (arts. 897 a 899), já não se tem tal óbice. O credor pode exigir diretamente do avalista, que não pode argüir o benefício de ordem.

A previsão enseja que outros devedores solidários, no caso da fiança, poderão argumentar que eram solidários, mas que a dívida interessa somente ao afiançado. Assim, se foi ele quem pagou, não tem qualquer direito a exercer perante os fiadores solidários.

Evidentemente as observações relativas aos fiadores estão feitas para hipóteses em que inexistam as ressalvas, quer da divisão (art. 829), quer da limitação da responsabilidade (art. 830).

TÍTULO II
DA TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

O Código de 2002 inovou na seqüência dos títulos do Livro das Obrigações, ao colocar como Título II o “Da transmissão das obrigações”, que se constitui dos Capítulos “Da cessão de crédito” e “Da assunção de dívida”, que também é novidade no âmbito da codificação.

A partir da colocação de Emilio Betti, no v. 3, 2 — IV, de sua *Teoria generale delle obbligazioni* (Milano: Giuffrè, 1955), quando, sob a denominação de “vicende dell’obbligazione”, começa a estudar as situações preexistentes quanto aos sujeitos e ao objeto, e as modificações possíveis durante a vida das relações obrigacionais, de sorte a provocar seu desenvolvimento ou sua extinção, e, por outro lado, de Karl Larenz, que, em seu *Derecho de obligaciones*, v. 1, Capítulo V, sob o título “Sucesión en los créditos, deudas y relaciones obligatorias”, expõe que o crédito não é só uma relação de prestações, mas também objeto

patrimonial suscetível de disposição, portanto podendo ser objeto do tráfico jurídico, Agostinho Alvim, com tais precedentes, propôs o tratamento específico da transmissão das obrigações, quer no aspecto ativo, quer no aspecto passivo, como resultado de negócios jurídicos entre vivos, visto que a transmissão *causa mortis* é objeto do Direito das Sucessões.

Como diz Almeida Costa: “Trata-se do problema da transmissão, a título singular ou particular, de créditos e de dívidas”.

Há que se lembrar que o Direito antigo era avesso à transmissibilidade, pois a obrigação era tida como um vínculo estritamente pessoal entre credor e devedor.

É, ainda, de Almeida Costa a observação de que: “A primeira abertura ao princípio deu-se no sentido de se admitir uma transmissão, a título universal, integrada no patrimônio hereditário, olhando-se o herdeiro como continuador da pessoa do ‘de cuius’. Um segundo passo consistiu em se reconhecer a transmissão entre vivos e a título particular do crédito, mas esta idéia ainda não obteve completo desenvolvimento no âmbito do direito romano”.

Como exposto na introdução desse Livro das Obrigações, em decorrência das exigências da vida econômica e do tráfico mercantil é que se alcançou uma transformação substancial, com o crédito passando a ser considerado, cada vez mais, elemento integrante do patrimônio do credor, à medida que se tornou suscetível de transmissão quer a título gratuito quer oneroso. Mas, ao se dar a evolução, a relação passou a ter destaque, com o que não mais houve fixação só no crédito, passando-se a realçar o débito, o elemento passivo do patrimônio do devedor, como de igual importância.

Dessa evolução é que se chegou à cessão de créditos.

Deixou-se de lado o preconceito de que créditos e dívidas só podiam ser transmitidos globalmente, isto é, quando integrantes de um patrimônio fossem ter em novo patrimônio, portanto com alteração da titularidade.

No entanto, observa-se que nem toda transmissão singular de dívidas obteve a mesma acolhida nos direitos positivos, o que fica tanto mais evidente quando só agora é que temos o ingresso da assunção de dívida no nosso ordenamento jurídico.

Infelizmente não se alcançou, nem com o novo Código, o tratamento positivo da cessão da posição contratual, que é versada no Código Civil português (arts. 424º a 427º).

Desde logo é de anotar que dois dispositivos constantes do Código de 1916, os arts. 1.068 e 1.076, foram suprimidos na codificação atual.

O art. 1.068 dispunha quanto à não-exigência de forma na transferência de

créditos imposta por lei ou sentença, por não se tratar de negócio decorrente da autonomia privada, como é o objeto de cessão. Agostinho Alvim justificou a supressão, também, pela ausência de disposições correspondentes em outros Códigos, mas Clóvis remetia ao Livro V, das Obrigações, do Código Civil suíço, art. 166, e à BGB (Código Civil alemão), § 412.

No Código suíço, a previsão é de que a imposição legal ou judicial da transferência de um crédito seja eficaz perante terceiro, independentemente da forma.

No Código alemão tem-se que à transmissão de crédito por força de lei se aplicarão analogicamente as disposições relativas à transmissão voluntária. É evidente que toda lei obedece à forma prevista para sua publicidade e validade.

Quanto ao art. 1.076, Clóvis só anotou precedente no Código suíço, na segunda parte do art. 173 do Livro V, das Obrigações. A razão de ser do artigo era exatamente a origem extravoluntária da transmissão, inibindo a imputação de responsabilidade ao anterior titular do crédito.

É de observar, ainda, que as transmissões das obrigações podem dar-se por diversas formas e com utilização de diversos institutos, mas as que figuram no elenco do presente Código são as de origem negocial, com o que não estão tratadas a sub-rogação, a cessão legal etc.

CAPÍTULO I
DA CESSÃO DE CRÉDITO

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.065. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 398; Código Civil francês, art. 1.689 (cessão dos créditos e de outros direitos incorpóreos); Código Civil italiano, art. 1.260 (curiosamente o Código Civil italiano abre um artigo mencionando as pessoas proibidas de fazer cessão: magistrados, funcionários de chancelarias, oficiais judiciários, advogados e procuradores como cessionários

dos direitos sobre os quais exercem sua jurisdição ou funções); Código Civil suíço, art. 164, 1, do Livro V; Código Civil português, art. 577º; Código Civil argentino, art. 1.434 (também dispõe sobre as pessoas proibidas de fazer cessão em seus arts. 1.441º, 1.442º e 1.443º); Código Civil paraguaio, art. 524; Código Civil russo, art. 382 (transferência de direitos do credor a outra pessoa); Código Civil de Quebec, art. 1.637 (“de la cession de créance en general”).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo inova sobre o texto do Código de 1916, em razão do prestígio conferido ao princípio da boa-fé, ao acrescer à primeira parte, que equivale ao texto do art. 1.065 do Código de 1916, que a cláusula proibitiva da cessão só produz efeitos contra terceiros cessionários de boa-fé se expressamente constar do instrumento negocial originário da obrigação.

Como a transferência do crédito é a passagem do direito de um sujeito para outro, pode-se identificar como uma sucessão no crédito, como explica Bianca, em *Diritto civile*: l’obbligazione, p. 567 e s. Só que, embora sendo termos equivalentes, “transferência” e “sucessão” estão referidas a diferentes fundamentos, pois se fala em transferência do *objeto* do originário para o novo credor, enquanto se fala que um *sujeito* sucede ao anterior.

Como parte da doutrina diferencia a sucessão quanto à causa, se única, ou dúplice, permitindo a distinção entre a sucessão *causa mortis* e a entre vivos, não

se tem, no entanto, diferença de transferência quanto ao crédito, pois em ambas as hipóteses há mudança de titularidade, ainda que na sucessão *causa mortis* a sistematização se dê por outra via, a do Direito das Sucessões.

Na cessão tem-se uma transferência de crédito a título particular entre vivos, um negócio jurídico classificável como de alienação, termo utilizado como simples transmissão a pessoa alheia.

De sua origem negocial decorre que, com a cessão, há a aquisição derivada pelo cessionário do crédito original do cedente, portanto, é o crédito transmitido, com o que o acompanham seus acessórios, como suas garantias, a menos que, expressamente, se faça restrição a uns ou a outras.

A cessão, por ser uma forma de alienação — transmitir a outrem —, requer a disponibilidade do crédito, e pode ser feita mediante contraprestação, onerosamente, ou sem contraprestação, gratuitamente; mas é de observar que em qualquer dos tipos o que se tem é uma mesma situação jurídica, em que o cessionário continua na situação do cedente; não se criam situações cronologicamente sucessivas quanto ao crédito.

Pietro Perlingieri (*Manuale di diritto civile*, p. 270), de forma precisa, diz:

"Il credito, come qualsiasi altro bene [retro, 18], può essere trasferito a titolo oneroso o gratuito (1.260 ss.): in tal modo il creditore originario (cedente) trasferisce ad un altro soggetto (cessionario) il diritto di pretendere la prestazione dal debitore (ceduto). Il principio della libera trasferibilità consente che il destinatario della prestazione possa mutare senza che il debitore, di regola, possa impedirlo. Lo esige la mobilizzazione della ricchezza. Oltre ai crediti civili si possono cosí trasferire i diritti potestativi, i crediti naturali, i crediti che verranno ad esistere successivamente ed anche i diritti personali di godimento".

Por essa razão é que o artigo faz referência às exceções à livre disponibilidade, ou seja, pela natureza do crédito, ou pela convenção das partes, que formulam cláusula proibitiva da cessão, tornando personalíssima a obrigação.

Como o destino da cessão é a mobilização da riqueza, é lógico que a restrição há que ser expressa, na garantia dos terceiros, que não podem presumir a inibição de circulação das riquezas e dos direitos numa sociedade globalizada e fundada na economia de consumo.

Almeida Costa, em seu *Direito das obrigações*, analisando a cessão de crédito no Código Civil português, diz que se excluem da cessão "os direitos reais, visto que os respectivos modos de transmissão se encontram submetidos a regras próprias (arts. 1.316º e segs.), e também não se verifica em relação aos direitos

de família, estritamente pessoais e, portanto, intransmissíveis".

Clóvis, nos comentários ao art. 1.065 do Código de 1916, falava da impossibilidade de cessão dos direitos inerentes à pessoa do titular, quando inexistiam os direitos da personalidade, que, à evidência, são incessíveis; dos créditos alimentares por vínculo de sangue; dos de sócio; das pensões e montepios da União, dos vencimentos dos funcionários públicos e dos créditos já penhorados, de conformidade com o disposto no art. 1.077.

Limongi França, no verbete "cessão de crédito", da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, fez observação importante quanto ao nosso sistema positivo, ou seja, que "O CC não reconhece, tampouco distingue, a cessão *pro soluto* da cessão *pro solvendo*. Todavia a cessão *pro solvendo* não é uma verdadeira cessão, que no fundo é uma verdadeira e real venda. A cessão propriamente dita visa à transferência de um crédito de um para outro patrimônio. A *cessio pro solvendo* é uma consignação. A cessão *pro soluto*, por seu turno, opera a transferência do crédito, incluindo forçosamente a liberação do cedente, que é decorrente" (p. 199).

Cumpre observar que, por ter sido a cessão de crédito localizada apropriadamente no novo Código, deixa de haver razão para se referir, como era pertinente no Código de 1916, às hipóteses de cessão de outros direitos, com remissões a dispositivos que, inclusive, não fazem parte integrante do presente tratamento legislativo.

É de todo pertinente trazer, aqui, observação feita por Diez-Picazo, em *Fundamentos del derecho civil patrimonial*:

"Es verdad que la cesión es un negocio idóneo para albergar diferentes tipos de causas (venta, donación, etc.), pero ello no atribuye a la figura la consideración de negocio abstracto, pues sus efectos no quedan desligados de la causa que haya existido. Podrá suceder que la cesión no exprese su causa, pero en este caso lo único que ocurre es que habrá de funcionar la presunción del artículo 1.277 C. C.: la causa se presume que existe y que es lícita. Sin embargo, conocida la causa ésta deberá surtir todos sus efectos sobre el negocio de cesión" (p. 790).

A observação é aplicável ao nosso Código porque o tratamento das hipóteses de negócios jurídicos não se refere expressamente aos abstratos, sendo certo que, em legislação especial, portanto com previsão específica, é que se tem a validade da transmissão dos títulos de crédito ao portador, cuja tradição pode se dar manualmente, ou mediante a simples forma de endosso, quando não se pode perquirir da causa. Por isso mesmo os títulos de crédito têm tratamento à parte

na nova codificação, ainda que mediante normas de ordem geral, mantida a legislação específica, no mais.

Ainda que vá ser obrigatoriamente tratado nas disposições subseqüentes, importa, desde logo, ressaltar que na cessão têm-se três partes: cedente, cessionário e cedido. O consenso há que se dar perante cedente e cessionário, importando ao cedido o conhecimento (art. 290), não o consentimento.

Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.066. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito se abrangem todos os seus acessórios.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.692; Código Civil italiano, art. 1.263; Código Civil português, art. 582º; Código Civil argentino, art. 1.458; Código Civil paraguaio, art. 526; Código Civil russo, art. 384 (previsto no Capítulo 24: "mudanças de pessoas nas obrigações"; a cessão de crédito está prevista logo no § 1º: "transferência de direitos pelo credor à outra pessoa"); Código Civil de Quebec, art. 1.638.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Anteprojeto do novo Código Civil*: obrigações (coord. Theóphilo de Azeredo Santos). Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: Conforme já visto no artigo anterior, se não houver expressa ressalva na sua celebração, de forma a ser possível o conhecimento de terceiros, o negócio da cessão envolve todos os seus acessórios, bem como suas garantias.

Como já referido, é uma mudança de ordem subjetiva, com o que, no aspecto objetivo, deve-se manter íntegro o crédito no novo patrimônio.

Pietro Perlingieri (*Manuale di diritto civile*) mostra que a estrutura da cessão de crédito é a mesma no Direito positivo italiano:

"Qualora il credito sia assistito da privilegi, garanzie personali o reali o da altri accessori, il cessionario subentra anche in questi, con facoltà di annotare a margine della iscrizione dell'ipoteca nei registri immobiliari il suo acquisto o pretendere la consegna del bene dato in pegno. Il credito tuttavia può essere ceduto con l'esclusione della garanzia, con la conseguente liberazione del garante.

Cosí, se il credito ceduto è produttivo di frutti, e questi sono scaduti, il cedente può conservarli, salvo che non abbia convenuto diversamente con il cessionario" (p. 270).

Fica claro, pois, que a exclusão dos frutos, acessórios, depende de expressa previsão, porque a regra geral é a contida na lei, isto é, acompanham o crédito, que é o principal.

No mesmo sentido tem-se a observação de Almeida Costa, quanto ao direito positivo português:

"Como se disse, a cessão deixa inalterado o crédito transferido, apenas se verificando a substituição do credor originário por um novo credor. Daí que, na falta de convenção em contrário, o crédito se transfira para o cessionário com as suas garantias e outros acessórios que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente (art. 582º, n. I.)" (p. 561).

O Direito espanhol não diverge, como se vê de Diez-Picazo, em *Fundamentos del derecho civil patrimonial*:

"En virtud de la cesión se transmiten el derecho a obtener o reclamar la prestación principal. Se transmite igualmente el derecho a obtener las prestaciones accesorias (p. ej.: intereses devengados y no percibidos). Se transmiten también las garantías con las que el crédito se encuentra protegido o asegurado (fianza, hipoteca, prenda, etc.). Por último, el cedente debe facilitar al cesionario y entregarle los títulos y documentos necesarios para la efectividad del crédito" (p. 792).

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.067. Não vale, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se se não celebrar mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do art. 135 (art. 1.068).*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, art. 403; Código Civil suíço, art. 165; Código Civil italiano, art. 1.265; Código Civil português, art. 525º; Código Civil paraguaio, art. 525.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: A redação dada ao artigo busca maior precisão terminológica, uma vez que a validade do negócio se põe entre as partes celebrantes; assim, os efeitos perante terceiros não afetam a validade do negócio entre os celebrantes.

O novo dispositivo vai além no se distanciar da redação do antigo art. 1.067, que remetia expressamente aos arts. 135 e 1.068. Note-se que o art. 135 do Código de 1916 mantém simetria com o atual art. 221, que expressamente dispõe quanto aos efeitos da cessão perante terceiros só após o devido registro em registro público.

Já o art. 1.068, como observado nas notas introdutórias ao presente Título II — Da transmissão das obrigações, deixou de ser objeto de disposição, visto cuidar de hipóteses de transmissões não negociais, como são as legais e as judiciais.

O que se extrai da necessária análise sistemática é que a cessão, em princípio, independe de forma, mas, quando se está diante de um Código que se pauta pela socialidade, não se pode olvidar que os negócios, e particularmente os contratos, produzem efeitos com relação a terceiros e devem ter função social.

Portanto, para que a cessão possa produzir tais efeitos faz-se necessário que terceiros possam vir a conhecê-la. A forma escrita de per si não leva a tanto, mesmo que contenha os requisistos do § 1º do art. 654, como "a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga", especificações previstas para a procuração.

Repete-se, inafastável a aplicação do art. 221, que no caso expresso da cessão prevê a necessidade da publicidade registrária, que permite o conhecimento, por quem tiver interesse, para que produza seus efeitos com relação aos não integrantes do negócio nem diretamente afetados e que serão necessariamente conhecedores, como os cedidos.

Veja-se que o dispositivo fala na produção de efeitos perante terceiros mediante ato posterior à celebração do negócio em si, exatamente porque este se aperfeiçoou com o consenso. A mesma estrutura tem-se no Direito italiano, como se pode ver:

"Tradizionalmente l'effetto traslativo è determinato da un accordo tra cedente e cessionario del quale il debitore ceduto non può essere parte. Tuttavia, se il credito non appare trasferibile senza il consenso e, quindi, la partecipazione del debitore ceduto; questi deve 'autorizzare' o 'accettare' la cessione, assumendo il ruolo di parte nel contratto di cessione (che si configura a struttura trilaterale). In altre ipotesi, tuttavia, la struttura è invece unilaterale, in quanto per produrre l'effetto traslativo basta la volontà o del solo cedente o del solo cessionario (ciascuno di essi titolare del diritto all'acquisto del credito altrui: ad es., 1.706)" (Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, p. 272).

Curiosamente, inexiste disposição similar nos Códigos italiano e português especificamente quanto à cessão.

Art. 289. O cessionário de crédito hipotecário tem o direito de fazer averbar a cessão no registro de imóvel.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.067.*

Parágrafo único. O cessionário de crédito hipotecário tem, como o sub-rogado, o direito de fazer inscrever a cessão à margem da inscrição principal.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem paralelo na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo, que reproduz basicamente o parágrafo único do art. 1.067, mas como artigo autônomo, é, em verdade, mais uma conseqüência natural da cessão de crédito com garantia do que uma regra necessária e independente.

Para que a garantia real da hipoteca possa produzir seus efeitos, inclusive perante terceiros, necessária se faz a devida averbação, no registro original da garantia hipotecária, na matrícula do imóvel.

Por ser evidente o direito do cessionário, busca o Código preservá-lo, particularmente em face de outros eventuais credores do cedido.

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.069. A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código civil alemão, § 402; Código Civil francês, art. 1.690; Código Civil italiano, art. 1.265; Código Civil português, art. 583º (1ª parte); Código Civil argentino, arts. 1.454, 1.460 e 1.461; Código Civil paraguaio, arts. 527 e 528; Código Civil russo, art. 382, 3 (se o devedor não for notificado por escrito da efetivação da transferência dos direitos do credor para outra pessoa, o novo credor assumirá os riscos e infortúnios desta omissão...).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. Pontes de MIRANDA. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio Janeiro: Forense, 1981.

COMENTÁRIOS: Este é mais um artigo que vem com correção conceitual, posto que se refere à eficácia, e não à validade, como no art. 1.069 do Código de 1916.

O negócio da cessão de crédito tem como partes o cedente e o cessionário; logo, sua validade depende do comportamento de ambos, conforme as normas legais.

O cedido não é parte, mas deverá sofrer os efeitos do negócio. Assim, para que venha a suportar tais efeitos deve simplesmente ser notificado, ou evidenciar sua ciência, mediante escrito. Portanto, previsão de ciência formalizada.

A necessidade de ciência do cedido se põe porque, enquanto ciência não houver, os pagamentos que forem feitos ao cedente serão válidos, ainda que o

cedente já tenha cedido ao cessionário.

Portanto, se se tratar de uma prestação cuja execução requeira urgência, o cedido pode até intentar consignação contra o cedente, se não notificado, para não incidir em mora.

Cabe, aqui, reproduzir trecho de Pontes de Miranda, em *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, sobre a origem do dispositivo e sua operacionalidade: "No direito anterior não havia a exigência da notificação para que a cessão valesse contra o devedor. Consagra-o o art. 1.069, que não foi tirado do *Code Civil*, art. 1.690, nem implica a outra exigência, aliás absurda, do Código chileno (art. 1.902) — a aceitação. A notificação pode ser judicial ou não; pode ser promovida pelo cedente ou pelo cessionário, pois a cessão — nas relações entre cedente e cessionário — já está perfeita. Não falta a verbal? Cp. o art. 1.070. São exemplos de notificação não judicial: a ordem de pagamento do credor ao devedor em favor do cessionário; comunicação do cedente ao cessionário e por este comunicada ao devedor cedido. Em se tratando de dívida solidária, deve ser feita a todos os devedores. Independem de notificação os títulos em que não há relação direta entre o portador e o devedor (letras de câmbio, títulos com endosso, ação e títulos ao portador, etc.)" (p. 252-253).

Conforme anota Dieter Medicus (*Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 339), o § 409 da BGB confere a mesma proteção ao cedido, visto que devedor, havendo desdobramentos no inciso I, quanto à falsidade do documento de comunicação da cessão.

O que se vê é que o dispositivo encontra acolhida em quase todos os sistemas positivos, como o francês, o italiano e o português, conforme exposto por Limongi França no verbete "cessão de crédito" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 196-197), bem como no Direito espanhol, como referido por Diez-Picazo (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*): "Conviene, sin embargo, observar que el artículo 1.527 habla literalmente de 'tener conocimiento' el deudor cedido respecto de la cesión, más que la notificación que se le haga. Quiere ello decir que el conocimiento efectivo puede suplir la falta de notificación y que el deudor que, conociendo la cesión, alegara la falta de notificación actuaría injustamente" (p. 796).

Art. 291. Ocorrendo várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do título do crédito cedido.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.070. Ocorrendo várias cessões do mesmo crédito,*

prevalece a que se completar com a tradição do título do crédito cedido.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 584º; Código Civil paraguaio, art. 532.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. Pontes de MIRANDA. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio Janeiro: Forense, 1981.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo prevê hipótese que contraria a tônica do princípio da boa-fé.

Aliás, Clóvis, no comentário ao art. 1.070 do Código de 1916, dizia ser regra censurada, porque introduz no Direito das Obrigações um princípio criado para a transferência dos direitos reais, ainda que favorecendo a prova.

O que se tem é a pluralidade de cessões por parte do mesmo cedente, o que evidencia comportamento contrário à boa-fé, já que não se trata de cessões parciais, mas de cessões integrais, daí a necessidade de uma regra para que haja prevalência de uma sobre as outras, pois contrárias.

O critério adotado é adverso ao da primeira edição do Código suíço das Obrigações, no então art. 186, que estabelecia a prevalência da cessão mais antiga. É de observar que no atual Livro V, das Obrigações, do Código Civil suíço, inexiste tal previsão. Não é, também, o critério do art. 584º do Código Civil português, que privilegia a primeira notificação.

Segundo observa Clóvis, no comentário ao referido art. 1.070, e Limongi França, no verbete retrocitado, a regra: "...É um desvio à tese geralmente aceita

na doutrina dos países latinos, mas que deve ter sido inspirada no art. 1.689 do Código francês, que fala na transmissão do direito *par la remise du titre*" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 197).

Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.071. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário, que lhe apresenta, com o título da cessão, o da obrigação cedida.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.691; Código Civil suíço, art. 167; Código Civil português, art. 583º (2ª parte); Código Civil paraguaio, art. 534.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: Como já referido no comentário ao art. 290, a eficácia perante o cedido só se dá com a notificação ou a ciência comprovada por escrito.

Assim, enquanto não se aperfeiçoar a ciência do cedido, não está ele obrigado a respeitar a cessão. Assim, se fizer pagamento ao cedente, estará fazendo

pagamento ao credor, que no caso não é mero credor aparente, mas o efetivo credor perante o qual se obrigou, se está diante de comportamento de boa-fé do devedor.

Se já tiver ocorrido a cessão, o cedente que recebeu deverá fazer a entrega do pagamento ao cessionário, sob pena de sua omissão configurar, no mínimo, enriquecimento sem causa.

Na segunda parte do dispositivo tem-se hipótese de pluralidade de cessões e a questão de sua eficácia perante o devedor. Esta se dará pela apresentação do título da cessão, harmonizando-se com o disposto no art. 291.

A última hipótese prevista, inovando sobre a redação do art. 1.071 do Código de 1916, é a de a cessão ter sido feita por escritura pública, que, como já observado no comentário ao art. 288, enquanto não for registrada, não pode produzir efeitos perante terceiros, e o cedido é terceiro no negócio entre cedente e cessionário.

Art. 293. Independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 585º; Código Civil paraguaio, art. 536.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: Sem precedente no Código de 1916, este artigo vem deixar claro algo que era, no mínimo, admitido tacitamente, ou seja, que a busca de preservação do direito do cessionário independe do prévio conhecimento da cessão pelo cedido.

A conservação, a que se refere o dispositivo, envolve atividade em relação ao cedente como a terceiros, o que, evidentemente, não implica qualquer lesão ou interferência na esfera do cedido.

Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.072. O devedor pode opor tanto ao cessionário como ao cedente as exceções que lhe competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão; mas, não pode opor ao cessionário de boa-fé a simulação do cedente.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 404; Código Civil suíço, art. 169; Código Civil português, art. 585º; Código Civil argentino, art. 1.469; Código Civil paraguaio, art. 535; Código Civil russo, art. 386.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: Em razão do início de produção de efeitos em relação ao cedido, o devedor passa a ter o direito de não ver agravada sua situação, visto que o agravamento atentará contra sua esfera de liberdade.

Como dizia Clóvis, *a cessão não exerce influência purificadora*. Os vícios que maculam o crédito permanecem inalterados, mas, em razão da alteração subjetiva, podem surgir situações excepcionantes do crédito, que não existiam até então.

Assim, o que o cedido tinha a oferecer de oposição ao cedente não fica extinto com a ciência da cessão; pelo contrário, abre-se o prazo para excepcionar a relação creditícia com relação a ele.

Evidentemente, se houver qualquer exceção pessoal com relação ao cessionário, esta só poderá ser alegada após a notícia da cessão, uma vez que antes era inoponível.

Observe-se que as denominadas exceções pessoais do cedido em face do cedente, se não argüidas tempestivamente, não mais podem ser suscitadas perante o cessionário, pois que este é pessoa diversa.

Operada a cessão, e devidamente notificada ao cedido, o cessionário passa a exercer, em relação ao cedido, direitos que estão a ele imputados, direitos que passam a integrar a esfera jurídica dele, cessionário, como credor.

Dieter Medicus, analisando o § 404 da BGB, diz ser este o dispositivo mais importante para a proteção do devedor, pois que as exceções são todas as que no momento da cessão podiam ser argüidas frente ao cedente, como as que poderá argüir após a cessão frente ao cessionário (*Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 337).

Teve-se a eliminação da parte final do art. 1.072 do Código de 1916, que se referia à simulação exclusiva do cedente em face do cessionário de boa-fé. O fundamento da alteração pode-se encontrar na posição de Diez-Picazo: “...A nuestro juicio, el deudor cedido conserva las excepciones personales, derivadas de sus personales relaciones con el cedente, siempre que no haya consentido la cesión. Si ha consentido la cesión, estas excepciones quedan extinguidas” (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 796-797).

Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.073. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que se não responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lho cedeu. A mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 171; Código Civil italiano, art. 1.266; Código Civil português, art. 587º (1ª parte); Código Civil argentino, arts. 1.476, 1.477 e 1.478 (diferencia as conseqüências para cedente de má-fé e de boa-fé); Código Civil paraguaio, art. 529.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: Quando se fala em cessão de crédito a título oneroso, evidentemente parte-se da presunção de que o crédito existe, porque a boa-fé do cessionário é que faz com que assuma prestação onerosa em face do cedente.

Espera aquele que igual sacrifício quantitativo seja despendido pelo cedente.

Com síntese apreciável, Limongi França (*Enciclopédia Saraiva do Direito*) disse:

"Fiel à orientação clássica, o direito brasileiro prescreve que o cedente garante o *nomem verum* (a existência do crédito), a sua qualidade de credor; mas

não garante o *nomem bonum* (a solvência do devedor), a efetiva cobrança do crédito, salvo evidentemente estipulação em contrário (arts. 1.073 e 1.074)" (p. 198).

Daí ser clara a primeira parte do artigo ao se referir à independência de expressa responsabilização, visto que não se concebe, senão por má-fé, que o cedente engane o cessionário, recebendo prestação sem que haja contraprestação, por inexistente o crédito prometido.

Mas existem situações que precisam ser extremadas, para se evitar confusão, como mostra Umberto Breccia (*Le obbligazione*, p. 786-787), que, na tradução livre que se faz, mostra com clareza a diferença fundamental que existe entre crédito futuro, expectativa de direito e crédito inexistente:

"Cessível, em virtude de uma razoável interpretação extensiva, é a 'expectativa', enquanto situação jurídica já existente na esfera jurídica do cedente. Porque o crédito adquirido sob condição suspensiva é somente eventual, a cessão se referirá não diretamente ao crédito, mas à posição que é suscetível de transformar-se num direito de tal natureza (Larenz, 1987, I, 585-586; T. Mancini, 1984, 384).

Mesmo no caso do crédito futuro (porque atualmente determinado ou determinável; Bianca, 1990, IV, 589), o direito não existe no momento da cessão, mas em tal hipótese não se tem de imediato a transferência de uma situação jurídica (como a expectativa): o efeito da cessão será produzido (segundo as regras em matéria de contrato em geral: arts. 1.346 e 1.348) somente se e quando o crédito for existente no âmbito do cedente (Larenz, 1987, I, 584-585; Cass. 1972/2746; Cass. 1977/3421; Cass. 1978/2798); o problema, como se verá, assumiu uma grande importância mercantil no quadro dos acordos entre operadores econômicos que atuam no âmbito do *factoring* (Bianca, 1990, IV, 589-590; Larenz, 1987, I, 585)".

Feita tal distinção, há que se fazer outra, para não gerar confusão.

Podemos ter cessões *pro soluto* e cessões *pro solvendo*, o que Diez-Picazo (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*) explica bem:

"La cesión es *pro soluto* cuando el cesionario se da por pagado de la deuda que con él mantiene el cedente, por el puro hecho de recibir en pago el crédito cedido. La cesión *pro soluto* se asemeia a la dación en pago. Opera la extinción de la deuda pagada, con independencia de la posterior efectividad del crédito cedido. El cedente asume la garantía de la *veritas nominis*.

(...)

Cuando la cesión es *pro solvendo*, la deuda que se pretende extinguir con la

cesión sólo queda extinguida cuando el crédito cedido haya sido efectivamente cobrado o realizado por el cesionario. La efectiva liberación del cedente queda sujeta al buen fin del crédito cedido. Como la deuda que se pretende pagar subsiste, el cesionario queda a cubierto no sólo de la falta de existencia o de legitimidad del crédito cedido, sino también de la falta de solvencia del deudor, puesto que el efecto solutorio no se producirá" (p. 797-798).

Como a garantia da solvência é objeto do artigo subseqüente, o 296, retoma-se a análise quanto à existência, lembrando que em praticamente todos os sistemas positivos a regra existe para responsabilizar o cedente, mas pode surgir, ainda, a hipótese de argüição de nulidade ou anulabilidade, o que enseja trazer a análise desenvolvida em face do Direito italiano por Pietro Perlingieri (*Manuale di diritto civile*):

"Quanto ai rapporti tra cedente e cessionario, se il trasferimento è a titolo oneroso, il primo deve garantire all'altro l'esistenza del credito al tempo della cessione (1.266); se la cessione è a titolo gratuito, si applica la normativa stabilita per la garanzia per l'evizione del donante (IV, 116) e il cedente deve garantire soltando se lo ha promesso, se l'inesistenza è determinata da un suo comportamento anche doloso e se esistono particolari oneri per il cessionario (in questa ipotesi soltanto in tali limiti) (797). Ocorre chiarire il significato che, ai fini di tale garanzia, assume la esistenza del credito. Il cedente deve innanzitutto avere il potere giuridicamente rilevante di disporre, potere che si traduce nell'assicurare al cessionario che il credito sia immune de cause di nullità e annullabilità e da qualsiasi altro vizio che possa determinare la caducazione del rapporto obbligatorio (che è fonte del credito). Tuttavia, v'è chi reputa che il credito derivante da fonte annullabile è pur sempre esistente al tempo della cessione, potendo intervenire una convalida (IV, 46). In virtù della garanzia, il cessionario deve ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti: rimborso delle spese sostenute, restituzione della prestazione eseguita al cedente, oltre i danni derivanti dalla perdita e dal mancato guadagno" (p. 274).

À evidência que no nosso sistema, aplicáveis as regras relativas aos defeitos do negócio jurídico (arts. 138 e s.), para a anulabilidade, e as da invalidade (arts. 166 e s.), para as hipóteses de nulidade, com o que, na ausência de previsão de garantia, ter-se-á por existentes os meramente anuláveis, no momento da cessão, e como inexistentes os nulos, para os efeitos do artigo em exame, porque impassíveis de produção de efeitos.

É nesse sentido, também, a manifestação de Diez-Picazo:

"Con carácter general, las consecuencias de la falta de veracidad del crédito

deberán determinarse de acuerdo con la causa del negocio de cesión. Como criterio para resolver los posibles conflictos debe señalarse que la inexistencia o la fata de legitimidad del crédito cedido, más que una genuina obligación de garantía, determina la nulidad de la cesión por falta de los presupuestos objetivos del mismo; por consiguiente, la restitución de la situación jurídica a su estado anterior...” (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 794).

Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.074. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.694; Código Civil português, art. 587º (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COMENTÁRIOS: Carnelutti, ao escrever sua *Teoria giuridica della*

circolazione, na verdade evidenciou a diferença fundamental entre a cessão de crédito e a assunção de dívida ao expor sobre as vendas quando estavam em jogo direitos reais. Daí dizer (p. 184-185) que se deve entender, antes de tudo, como é muito mais tênue a segurança nos negócios de circulação mediante cessão do que em outros tipos contratuais. Tinha em mente que mesmo coisas não pertencentes ao transmitente poderiam ser alcançadas pelo adquirente, o que não se dá com o cessionário de crédito inexistente. Não chegou, contudo, a analisar a diferença da responsabilidade, que se tem no presente artigo, ou seja, o cedente transmite crédito existente, mas o devedor, no momento do pagamento, é insolvente, e, por essa situação, o transmitente não responde, a menos que em decorrência desse fato haja, expressamente, assumido a responsabilidade.

O que importa, dentro da visão da boa-fé que deve reger os negócios jurídicos, é que no momento da cessão inexista dúvida quanto à solvência do devedor. A insolvência posterior à cessão tanto poderá ocorrer para o credor original como para o cessionário, pois é um risco do negócio.

Há de se distinguir hipóteses diversas, para se bem dar aplicação ao dispositivo.

No momento da cessão, à evidência, é que o cessionário deve saber da situação do devedor, isto é, se solvente ou não. Clóvis já dizia que, se o cedente, de maneira genérica, assegura a solvência do devedor, deve-se entender que seja no momento da cessão, não para o futuro (comentário ao art. 1.074).

Diez-Picazo, em *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, salienta que, para o Direito espanhol, a solvência do devedor é importante no momento da cessão, pois tem efeitos muito significativos quanto à validade e eficácia desta:

“El cedente no es un fiador del deudor cedido. No se obliga a pagar en lugar de aquél, ni se hace responsable de la deuda. En los casos de insolvencia del deudor cedido, el cedente obligado por la garantía debe restituir al cesionario el precio de la cesión y los gastos originados por ésta (cfr. 1.529, párrafo 2º). De ello se deduce que, en rigor, la llamada obligación de garantía funciona técnicamente como una causa de resolución del negocio de cesión. La insolvencia del deudor cedido es, en puridad, una condición resolutoria del negocio de cesión” (p. 795).

Mas a insolvência posterior, sem expressa assunção da responsabilidade, não gera responsabilidade, afirma o mestre espanhol:

“A primera vista parece claro que una insolvencia del deudor cedido, producida con posterioridad al negocio de cesión, constituye para el adquirente del crédito un riesgo normalmente derivado del negocio que él lleva a cabo y,

por consiguiente, un riesgo que él debe asumir y al que le es perfectamente aplicable la regla ‘periculum est emptori’.

La solvencia o insolvencia del deudor cedido, anterior a la cesión es, por el contrario, una situación de hecho que las partes de la cesión han podido conocer e investigar a fondo, antes de llevar a cabo el negocio. Por ello no cabe, en este supuesto, hablar en puridad de un ‘riesgo’, toda vez que se trata de una situación preexistente”.

Bianca, na obra *Diritto civile*: l’obbligazione, p. 598, em nota de rodapé, lembra que no Direito italiano a garantia pela solvência é legalmente devida na cessão em pagamento, no desconto e na conferência de crédito à sociedade, bem como uma garantia parcial é prevista na assinação de crédito e rendas na divisão hereditária.

Arnaldo Rizzardo chega a dizer que o princípio é transportado amiúde para o *factoring*, mas que isto é uma questão de tipicidade do contrato, que não se confunde com a cessão de crédito.

À evidência que as operações de desconto e de *factoring*, figuras referidas acima, são de aplicação da cessão de crédito, e, aliás, chegam a lembrar a própria origem da figura da cessão em face da agiotagem, o que levou à edição de normas restritivas do valor de reembolso e até mesmo de atenuação do pagamento pelo devedor originário.

Há que se anotar, ainda, que pode ocorrer cessão gratuita do crédito, e a pergunta que fica é se pode haver responsabilização do cedente perante o cessionário pela solvência do devedor, do cedido.

Para Bianca, é hipótese de o cedente poder responder pela prestação inadimplida, caso conhecesse da insolvência no momento da cessão.

Tal entendimento vai, em princípio, contra a idéia de reembolso, para ficar na de sanção, que no nosso sistema dependerá de previsão expressa, uma vez que não se afigura presente. Aliás, a doutrina nacional só se refere à hipótese de responsabilidade para a cessão onerosa e desde que assumida pelo cedente expressamente.

Contra a observação *supra*, o próprio Bianca, à p. 602 da obra citada, lembra que o cedente, ao assumir a garantia de solvência do cedido, assume uma garantia fidejussória, que é um negócio acessório em relação à cessão, e sua limitação legal veta ao cessionário a pretensão de valor superior ao que pagou ao cedente.

Vale a observação final de Diez-Picazo: “De todo ello se deriva que, por regla general, no debe entenderse que el cedente asuma la obligación de garantizar al

cesionario la solvencia del deudor cedido y que, por tanto, esta obligación sólo existirá cuando libre y voluntariamente las partes así la establezcan. Esta es la norma que con carácter general consagran la mayor parte de los Códigos europeos, como el francés, el italiano, etc." (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 794).

Art. 297. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.075. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.695; Código Civil suíço, art. 172; Código Civil italiano, art. 1.267; Código Civil argentino, art. 1.464.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. GAZZONI, Francesco. *Obbligazioni e contratti*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1996. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch,

1995. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: Há que se observar que a responsabilidade assumida pelo cedente deve ficar nos limites de quanto haja recebido do cessionário, o qual tem, pois, o direito de recuperar o que pagou. Não exsurge para o cessionário o direito ao valor da dívida cedida, que pode ser maior do que o da cessão.

É evidente que nesse reembolso deve ser incluída a atualização da moeda, em face do decurso do tempo, os juros, bem como eventuais despesas na cobrança feita ao cedido insolvente.

Tendo a lei fixado um limite, fica claro que o que vier a excedê-lo deve ser entendido como inválido, não produtor de efeitos. Tal proibição, segundo anota Bianca, no Direito italiano, tem a função de inibir a especulação usurária.

Normalmente é o que se constata, como já visto, nas operações de desconto de duplicatas fora do âmbito dos agentes financeiros.

No Direito português, Almeida Costa anota, em seu *Direito das obrigações*, que:

"Por outro lado, conforme estabelece o art. 587º, n. I, 'o cedente garante ao cessionário a existência e a exigibilidade do crédito ao tempo da cessão, nos termos aplicáveis ao negócio, gratuito ou oneroso, em que a cessão se integra'. Quer dizer: tratando-se de cessão gratuita, haverá que tomar em linha de conta os preceitos do contrato de doação (art. 940º, n. I; veja designadamente os arts. 956º e 957º), e, no caso de cessão onerosa, os do contrato de compra e venda (arts. 874º e 939º; veja os arts. 892º e segs. e os arts. 905º e segs.).

O cedente não responde, todavia, pela solvência do devedor, excepto se a tanto expressamente se obrigou (art. 587º, n. 2)" (p. 561-562).

Francesco Gazzoni (*Obbligazioni e contratti*, p. 593) anota no mesmo sentido, lembrando que na cessão gratuita aplicam-se as regras da doação, mas ressalva que só na hipótese de expressa previsão.

Art. 298. O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.077. O crédito, uma vez penhorado, não pode*

mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem paralelo na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*, 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Ed. esp. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

COMENTÁRIOS: Este dispositivo não encontra precedentes expressos nos Códigos europeus vigentes.

Pode-se dizer que é um reflexo da infuência do processo no âmbito do Direito Civil.

Penhora é figura processual, ou seja, ato de constrição patrimonial determinado pelo juízo no processo de execução, que afeta a disponibilidade patrimonial, de sorte que sua violação é um atentado à autoridade judiciária.

Inadmissível, portanto, que possa produzir efeitos jurídicos uma cessão posterior à penhora.

Como os atos judiciários hão de ser públicos e documentados, só após a intimação da penhora é que o cedido fica obrigado a fazer os pagamentos conforme a ordem judicial. Antes disso está obrigado na forma do contrato original, sendo válidos os pagamentos feitos em obediência a ele.

CAPÍTULO II
DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 415 (primeiro a prever e disciplinar a assunção de dívida, com o nome *Schuldübernahme*, nos §§ 414 a 419); Código Civil suíço, art. 175 (após ser revisto e agregado o Código Civil das Obrigações ao Código Civil suíço, em 1911, passou a disciplinar a "assunção de dívida" em seus arts. 175 a 183 do Livro V, com o nome *reprise de dette*); Código Civil austríaco, § 1.405 (depois da reforma de 1916, seguindo o Código Civil alemão, contemplou o instituto da "assunção de dívida" em seus §§ 1.404 a 1.410); Código Civil grego, que também disciplinou o presente instituto, tratando ainda da "assunção de dívida cumulativa", "promessa de liberação", inclinando-se para a teoria contratual do instituto; Código Civil mexicano, art. 2.051 (o Código Civil mexicano de 1932 traz os regramentos num capítulo denominado *cesión de deudas*, nos arts. 2.051 a 2.057, tratando, ainda, em seu art. 2.052, da possibilidade de consentimento tácito do credor); Código Civil italiano (o Código Civil italiano de 1942 só traz regras concernentes à chamada "novação objetiva" (art. 1.230), preferindo disciplinar como figuras autônomas a "delegação" (art. 1.268), a "expromissão" (art. 1.272) e o chamado *accollo* (art. 1.273), institutos que podem conduzir à liberação do devedor, quando as partes pactuarem. *Accollo*, em sua mais ampla acepção, representa a assunção do débito de outrem e, embora cindindo-se em várias espécies, este tem em comum o objetivo de efetuar a passagem do débito de uma pessoa para outra); Código Civil francês (apesar de regular a "cessão de créditos", só trata desse instituto no Capítulo VIII do Título VI, que regula a venda, mencionando, em seus arts. 1.692, 1.693 e 1.698, a "venda de créditos"); Código Civil português, que por seu turno abre uma seção específica sobre "transmissão singular de dívida" em

seus arts. 595 a 598; Código Civil paraguaio, arts. 538 e 541; o Código Civil argentino também não disciplina a assunção de dívida, regulando tão-só algumas hipóteses de transmissão de obrigações *inter vivos*; Código Civil russo, art. 388.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1979. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, 20, 21 e 23 dez. 1972. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 23. REALE, Miguel. Declarações publicadas no jornal *O Estado de S. Paulo*, 30 e 31 dez. 1972 e 5, 7 e 9 jan. 1973 (em resposta à entrevista concedida pelo Prof. Caio Mário ao mesmo jornal). VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996, v. 2.

COMENTÁRIOS: Estamos diante de figura nova na codificação brasileira, pois, como disse Agostinho Alvim: "Julgou-se útil regular a assunção de dívida, como consta, aliás, de vários diplomas: Códigos Civis alemão, português, Anteprojeto de 1941, Projeto de 1965".

De fato, verificando as codificações, constata-se que o Código Civil alemão

foi o primeiro a introduzir a figura, nos §§ 414 a 419, sob o nome *Schuldübernahme*; seguindo-se o Código Civil suíço, nos arts. 175 a 183 do Livro V, na versão da língua francesa sob o nome *reprise de dette*; o Código Civil austríaco, sob a denominação de assunção de dívida, nos §§ 1.404 a 1.410; o Código Civil grego, com a denominação de Assunção de Dívida, e acrescendo o tratamento da "Assunção de Dívida Cumulativa", "Promessa de Liberação", com tratamento contratual; o Código Civil mexicano, de 1932, com o nome de *Cesión de deudas*, nos arts. 2.051 a 2.057; o Código Civil italiano de 1942 trata da "Novação Objetiva", no art. 1.230, e, como figuras autônomas, a "Delegação", no art. 1.268, a "Expromissão", no art. 1.272 e o *Accollo*, no art. 1.273; o Código Civil francês, de forma indireta, trata no âmbito dos contratos do "de venda de créditos", nos arts. 1.692, 1.693 e 1.698; o Código Civil português, sob a denominação "Transmissão singular de dívida", nos arts. 595º a 598º; o Código Civil paraguaio, nos arts. 538 a 541.

Na literatura jurídica brasileira temos a monografia do Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*, já na 2ª edição, pela Lumen Juris, atualizada em 1998.

É uma figura decorrente das "vicende delle obbligazioni", referidas por Betti, e que se caracteriza pela transmissão da obrigação do primitivo devedor, que se conserva íntegra, para o assuntor, ficando exonerado o transmitente, ou, em outras circunstâncias, com a entrada do assuntor ao lado do devedor, sem extinção da obrigação do devedor originário, ou de transmissão pelo mesmo ao assuntor, caracterizando a denominada assunção cumulativa.

Verifica-se, em ambas as hipóteses, que terceiro ingressa no pólo passivo da obrigação, que originalmente tinha outro figurante como devedor isolado, como novo devedor, ou como co-devedor, mantendo-se a prestação devida.

Importa salientar o momento em que se opera efetivamente a assunção de dívida, para se poder falar dos efeitos.

Pela redação do artigo em exame, enquanto não ocorrer o consentimento do credor, não temos a assunção da dívida, visto que o consentimento é elemento necessário ao nascimento da transmissão, que é a matéria objeto de Título específico de Livro do Código.

Não importa que se fale ser um resquício das origens personalistas da obrigação. O fato é que o credor é quem deu fé ao devedor, quem acreditou, para aguardar o cumprimento em momento futuro. Logo, sua vontade é fundamental para que se fale na transmissão no pólo passivo.

Deixa-se, pois, de admitir a posição de Pontes de Miranda, que, no seu

Tratado de direito privado, v. 23, § 2.860, 2, p. 378, conclui que o contrato entre devedor primitivo e novo assuntor, tendo chegado ao consenso, passa a produzir os efeitos próprios, independentemente da vontade do credor. É verdade que Pontes procura distinguir o contrato entre as partes da transmissão efetiva da dívida, pois diz que o efeito traslativo não se opera, já que não é próprio do contrato entre devedor originário e assuntor, porque este é um contrato, na verdade, de assunção de adimplemento.

Ao tempo em que não havia disposição legal, era dado à doutrina elocubrar soluções em face do direito estrangeiro, ainda que discrepantes da doutrina de origem do direito positivo, mas, agora, quando temos o texto positivo nacional, não há que se admitir construções teóricas que ignorem o que é posto pela lei.

A vontade do credor, em aceitando a assunção de dívida, é essencial; é ela que tornará completa a situação fática prevista na norma, portanto, que tipificará a assunção de dívida e permitirá seus efeitos.

Nesse sentido as observações de Antunes Varela, na edição brasileira de seu *Direito das obrigações*, p. 365-366, e de Almeida Costa, em *Direito das obrigações*, 1979, p. 571-572, para o direito positivo português, que se admitem válidas para o nosso direito, na medida em que o artigo em exame, tal como o do Código português, exige o consentimento do credor para a validade da assunção. De Almeida Costa:

"...A ideia subjacente é a da transferência da dívida do antigo para o novo devedor, mantendo-se relação obrigacional.

Observe-se, porém, que a assunção de dívida pode configurar-se de dois modos, no que toca aos seus efeitos quanto ao antigo devedor. Se este resulta exonerado pelo compromisso que o novo devedor assume, trata-se de uma assunção *liberatória ou privativa de dívida*. Mas, se a responsabilidade do novo devedor vem apenas juntar-se à do antigo, que continua vinculado a par dele, fala-se de *assunção cumulativa ou co-assunção de dívida* (art. 595º, n. 2). Só na primeira hipótese se produz, em rigor, uma verdadeira transmissão singular de dívida".

"Constitui norma geral que a transmissão singular de dívidas por negócio entre vivos se não pode realizar sem o consentimento do credor (art. 595º, n. I). Esta exigência justifica-se perfeitamente nos casos de assunção liberatória. Quanto à assunção cumulativa, que representa um benefício para o credor, já a explicação de tal requisito se afigura menos evidente. Prevalece a regra de que, em princípio, a ninguém pode ser imposto um benefício sem a colaboração da vontade própria (art. 457º). Em qualquer das modalidades admitidas, a

transmissão só exonera o antigo devedor desde que haja declaração expressa do credor. Na falta dela, aquele ‘responde solidariamente com o novo obrigado’ (art. 595º, n. 2)” (p. 572).

Tem-se na assunção exoneratória do devedor original uma verdadeira sucessão passiva, transmissão, enquanto no ingresso no pólo passivo ao lado do devedor preexistente não se tem sucessão, mas comunicação da dívida, que, de maneira feliz, Luiz Roldão denomina “Adesão à dívida” (*Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*, p. 84).

Idêntica denominação é utilizada por Almeida Costa na análise do artigo 595º, n. 2, do Código português.

Questão que se põe, em razão do texto do artigo em exame, é a referente a ser o novo devedor insolvente, ao tempo da assunção, e o fato ser ignorado pelo credor, uma vez que o devedor primitivo, conforme a regra geral, com a transmissão, fica exonerado.

Por certo que, se já era insolvente o assuntor, não fica exonerado o devedor primitivo, pois evidente a lesão originária ao credor, que é mantido na ignorância da insolvência.

Há que se observar que não foi tratada expressamente a hipótese da assunção cumulativa nas disposições do novo Código.

Como se deve interpretar tal omissão, como permissiva de estabelecimento, mediante vontade das partes, ou como inadmitida?

Não se pode pretender que fossem ignoradas as demais formas de assunção de dívida pela Comissão, a partir do Professor Agostinho Alvim, que era profundo conhecedor das obrigações e dos Códigos estrangeiros.

Nessa questão houve críticas duras de Caio Mário ao anteprojeto, particularmente no tocante à assunção de dívida, matéria específica em que foi acompanhado por Luiz Roldão, na sua obra.

A maior parte das críticas de Caio Mário foram objeto de respostas em palestras no Instituto dos Advogados Brasileiros, pelo relator, Agostinho Alvim, como pelo Professor Miguel Reale, no jornal *O Estado de S. Paulo*, que publicou as objeções.

O fato de não ter sido expressamente regrada a assunção cumulativa, com a devida vênia, tem sua lógica. Não se trata de hipótese de transmissão de obrigação.

A adesão, não implicando transmissão da dívida, implica pluralidade subjetiva no pólo passivo, de obrigação previamente existente, o que tipifica situação diversa, e objeto de tratamento específico.

Surge, então, outro problema: existirá na adesão à dívida o nascimento de uma obrigação solidária?

Essa questão foi posta já no Direito português, por Almeida Costa:

"Parece fora de dúvida que a lei teve somente em vista a aplicação do regime das obrigações solidárias até onde não for contrário às especialidades da situação — que se caracteriza pelo facto de o novo devedor assumir uma obrigação alheia. Portanto, não significa que da co-assunção de dívida resulte um puro vínculo solidário ou solidariedade perfeita.

O principal objectivo do preceito legal em apreço é a outorga ao credor da faculdade de exigir o inteiro cumprimento da obrigação indiferentemente do antigo ou do novo devedor. Contudo, as relações entre estes são reguladas pelo contrato em que se baseia a assunção, pelo que não haverá necessariamente o direito de regresso que se verifica na solidariedade passiva (cfr. o art. 524º). Assim como não se aplicam outras regras desse instituto. Por exemplo: um meio de defesa pessoal invocado procedentemente pelo antigo devedor aproveita ao novo devedor (cfr. o art. 519º, n. 2); se este último realiza o cumprimento, não goza do direito de regresso contra o antigo devedor cuja obrigação tenha prescrito (cfr. o art. 521º, n. I); o caso julgado que o credor obtenha em relação ao antigo devedor é oponível ao novo devedor (cfr. o art. 522º)" (*Direito das obrigações*, p. 574-575).

Por isso convém ter cautela com críticas e pretensões de mudanças que não atentam, primeiro, para a natureza jurídica da matéria contida no título, transmissão das obrigações, e, depois, para a verdadeira natureza jurídica de figuras outras, referidas no Direito italiano, e que vão sendo tomadas como idênticas à assunção de dívida, quando têm outras características.

Nem sempre a modificação subjetiva no pólo passivo tipifica assunção de dívida, é o que deixa claro Pietro Perlingieri em seu *Manuale di diritto civile*:

"Le modificazioni del soggetto passivo del rapporto prevedono sempre la partecipazione, contrattuale (delegazione ed espromissione) e no (accollo), del creditore. Si ha delegazione quando un soggetto A (delegante) conferisce ad un altro soggetto B (delegato) l'incarico di assumere o estinguere, con effetto sul suo patrimonio, il debito nei confronti di un terzo C, creditore originario (delegatario). Nella delegazione siffatta vicenda modificativa si realizza, normalmente, mediante un collegamento negoziale. Il delegato, obbligandosi (1.268) nei confronti del creditore ad adempiere (contratto di assunzione delegatoria del debito altrui), attua la c.d. delega conferita gli dal delegante, ed assume il debito dello stesso verso il creditore originario (ossia attua il rapporto

di valuta). L’assunzione delegatoria del debito altrui è, pertanto, un contratto con causa c. d. (IV, 22), da rinvenirsi nell’indicato mandato (c. d. iussum delegatorio).

Le ragioni che inducono il delegato (mandatario) ad accettare di svolgere per conto del debitore originario (mandante) questo tipo di cooperazione gestoria vanno individuate nei rapporti (interni) che egli ha con il delegante (c.d. rapporto di provvista); ragioni che possono essere relegate tra i motivi — quando non sono richiamate nel contratto di assunzione (in tale ipotesi la delegazione è pura rispetto al rapporto di provvista) — o possono assurgere a coelemento causale dello stesso contratto delegatorio, qualora siano richiamate in quest’ultimo (in tale ipotesi la delegazione è titolata rispetto al rapporto di provvista)” (p. 275).

Assim, as observações críticas que Luiz Roldão fez à posição de Pontes de Miranda, e que referimos acima, quanto à pretensa confusão da assunção de adimplemento com a assunção de dívida, devem ser lembradas para os que não distinguiram a efetiva figura de assunção de dívida adotada pelo Código, que exige a concordância do credor, além da prévia concordância do devedor e do assuntor, das de outros sistemas, que têm tipificação distinta, e não foram por isso incluídas. Convém trazer outro trecho muito ilustrativo de Perlingieri (*Manuale di diritto civile*):

“Si distingue dalla figura della delegazione c.d. di debito (*delegatio pro mittendi*) sinora descritta la delegazione c.d. di pagamento (delegatio solvendi), nella quale il delegante può far semplicemente effettuare dal delegato, sempre con effetto sul suo patrimonio, una prestazione al delegatario. Come nella ipotesi di adempimento del terzo (1.180) (retro, 54), nella delegazione di pagamento il delegato effettua il pagamento senza essere debitore dell’accipiens (non assumendo come nella delegazione promittendi — l’obbligo, nei confronti del delegatario, di adempiere). Diversa é, tuttavia, la giustificazione causale cui è imputato il pagamento: nell’adempimento ex art. 1.180 il solvens adempie come terzo, giustifican- do il suo pagamento com il rapporto di valuta che intende soddisfare; nel pagamento effettuato ex art. 1.269, il solvens si qualifica (non come terzo, ma) come delegato e cioè giustificando il pagamento com il c.d. iussum delegatorio (mandato)” (p. 276-277).

“Per il principio di conformità dell’accettazione alla proposta contrattuale (IV, 25) la delegazione di debito liberatoria si attua mediante una proposta di assunzione condizionata alla liberazione del debitore originario, seguita dall’accettazione del delegatario (incorporando, questa, la dichiarazione liberatoria del debitore originario)” (p. 277).

A importância maior que se põe é a de distinguir claramente a assunção de dívida de figuras que em muito se parecem com ela; é, aliás, o que já observara Rubens Limongi França, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 14, p. 191, ao se referir à cessão de débito, que é outra denominação de assunção de dívida:

"Trata-se, em rigor, de substituição em a mesma relação jurídica, pois, caso contrário, haveria novação. E é condição de sua eficácia o consentimento do credor.

A possível distinção teórica, entre a novação subjetiva passiva e a cessão de débito, consiste justamente em que naquela a dívida anterior se extingue, para ser substituída pela subseqüente; enquanto que nesta é a mesma obrigação que subsiste, havendo mera alteração. Na pessoa do devedor.

A conseqüência primordial resultante da distinção é que na novação, desaparecendo a dívida anterior, perecem as garantias e acessórios do crédito assim novado".

É de lembrar que o eminente Professor Limongi França, ao lado do Professor Silvio Rodrigues, sempre foi opositor da introdução da figura autônoma da assunção de dívida, preferindo que se tratasse da novação subjetiva...

Tendo em vista que se vem referindo a situações diferentes como integrantes do tipo assunção de dívida, particularmente à luz do Direito alemão, convém trazer observação aguda do mestre espanhol Diez-Picazo (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*):

"El cambio de la persona del deudor es un asunto que no afecta exclusivamente al antiguo y al nuevo deudor. ...El cambio afecta también a los titulares pasivos de obligaciones accesorias (fiadores, avalistas, etc.), puesto que para ellos no es lo mismo garantizar o responsabilizarse del cumplimiento de una persona o de otra.

(...)

El Derecho Moderno, sin embargo, va mucho más allá y reconoce que por contrato un nuevo deudor puede subentrar en el lugar del antiguo deudor, manteniéndose intacta la identidad de la obligación. Este contrato, que es un contrato puramente modificativo, lo puede celebrar el deudor que subentra, bien directamente con el acreedor o bien con el antiguo deudor, pero en este caso necesita para su validez la adhesión del acreedor. La deuda se traspasa al nuevo deudor tal y como se encontraba en cabeza del antiguo. Por consiguiente se transfiere con todas sus excepciones y con todos sus accesorios.

El Código Civil alemán (parágrafos 414 y sgtes.) acepta en lo fundamental la concepción de Windscheid y regula con carácter unitario el contrato de asunción

de deuda. La deuda puede ser asumida por un tercero mediante un contrato celebrado con el acreedor, de forma que el tercero se subroga o se coloca en la posición jurídica que tenía el anterior deudor. Si la asunción de la deuda es pactada con el tercero por el deudor, su eficacia depende de la aceptación del acreedor. La deuda asumida no es una obligación distinta, sino la misma que pesaba sobre el antiguo deudor. Por consiguiente, el tercero que asume la deuda puede oponer al acreedor todas las excepciones que se deriven de la relación jurídica anteriormente existente entre acreedores y deudores. La asunción de deuda es liberatoria en todos aquellos casos en que el acreedor consiente en adquirir un derecho contra el nuevo deudor dejando al antiguo descargado. En cambio, es cumulativa cuando el acreedor adquiere el derecho contra el nuevo deudor pero conserva al mismo tiempo el que tenía contra el acreedor primitivo".

Outro aspecto que merece atenção é o suscitado por Maria Helena Diniz, em seu *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações, p. 424, ao se referir à posição de Silvio Rodrigues, anterior ao texto aprovado do novo Código Civil, admitindo que o consentimento do credor poderia ser tácito quando o credor recebesse um pagamento parcial, ou de juros, ou praticasse qualquer ato que induzisse aceitação da transferência do devedor.

Essa posição é aparentemente acolhida por Arnaldo Rizzardo.

Na verdade o que se está querendo admitir é o que Paulo da Motta Pinto descreveu em sua obra, ao lado da declaração tácita, como comportamento concludente (*Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995).

Partindo das idéias de Karl Larenz sobre os comportamentos expressivos, podem-se distinguir situações em que, mesmo sem manifestações orais ou escritas, tem-se comportamentos que comunicam vontade de contratar.

Logicamente a aceitação de pagamento significa aceitação expressa, não tácita, dentro da visão acima exposta.

Antonio da Silva Cabral, em *Cessão de contratos*, teceu considerações sobre o projeto, na forma como aprovado na Câmara Federal, e que nessa matéria não sofreu alterações, nem na numeração dos artigos. Suas observações, principalmente destinadas ao aperfeiçoamento do então projeto, merecem ser lembradas quanto à pretensão atual de modificação de dispositivos, sob a alegação de que houve omissão no tratamento da assunção de dívida. Diz esse autor (p. 219-220):

"Questão delicada a respeito da assunção de dívidas é a relativa às formas

pelas quais se pode levar a efeito o negócio entre as partes. São elas a) a primeira modalidade consiste na efetivação de negócio jurídico levado a efeito entre o antigo devedor e o novo, com anuência posterior do credor: ...Os autores portugueses costumam distinguir, neste ponto, entre promessa de liberação e contrato em favor do credor. Em se tratando de promessa de liberação, que alguns também denominam assunção de cumprimento, a convenção produz seus efeitos apenas entre o devedor e o terceiro, ou seja, nenhum laço jurídico se estabelece entre o novo devedor e o credor... No caso de contrato em benefício do credor, que é uma forma de contrato em favor de terceiro, o credor adquire o direito de exigir o cumprimento da obrigação pelo terceiro. (O autor remete a Carlos da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, e a M. J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações*.)

...O projeto exige o consentimento expresso do credor e ...Não há, pois, presunção de aceitação tácita; b) a segunda modalidade de assunção de dívidas consiste em o novo devedor contratar diretamente com o credor a assunção de dívidas do antigo devedor, com ou sem o consentimento deste. Trata-se da utilização da *delegatio,* ou seja, o devedor primitivo incumbiria um terceiro de solver a obrigação para com o credor, o que pode ocorrer pela novação, em que a obrigação para com o credor ficaria extinta com relação ao primitivo devedor e a nova relação obrigacional se estabeleceria entre o terceiro e o credor; ou mediante o instituto da solidariedade, em que o terceiro se juntaria ao primitivo devedor para a solução da dívida. Poderia ocorrer, também, mediante o expediente da *expromissio*, isto é, o terceiro tomaria a iniciativa de ir até o credor e assumir a dívida do devedor primitivo, sem o concurso da vontade deste último. *As várias maneiras apontadas nesta letra* b *não foram previstas no Projeto, possivelmente porque já estariam previstas indiretamente, já que se trata de expediente utilizando institutos já existentes, como o mandato, a novação etc. Creio que, na hipótese de o novo Código ser aprovado com a redação do Projeto, essas modalidades não estarão vedadas desde que o credor dê seu consentimento expresso*".

No tocante ao parágrafo único desse artigo as críticas de Luiz Roldão, corroborando a posição inicial de Caio Mário, e endossadas por Antonio da Silva Cabral, parecem totalmente pertinentes.

Não há razão lógica para dizer que devedor e assuntor podem fixar prazo para o credor concordar e que se este não manifestar consentimento entender-se-á que houve negativa... É um parágrafo infeliz e despiciendo.

Art. 300. Salvo assentimento expresso do devedor primitivo, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais por ele originariamente dadas ao credor.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 418; Código Civil suíço, art. 178; Código Civil austríaco, art. 1.407; Código Civil português, art. 599º.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1979. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de derecho privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui, ainda uma vez, tem-se menção à manifestação de vontade expressa, só que agora é do devedor e para o fim de subsistirem

garantias especiais em favor do credor.

Em primeiro lugar há que se identificar o que sejam garantias especiais dadas pelo devedor, desde a origem da dívida.

No direito estrangeiro não se tem redação semelhante, visto que a disposição mais próxima se refere a garantias prestadas por terceiros, como se vê em Diez-Picazo (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 816):

"La doctrina entiende que esta cuestión es abordada y resuelta por el artículo 1.207 del Código Civil, y, efectivamente, a primera vista así parece. Dicho artículo, literalmente, dice lo siguiente: 'Cuando la obligación principal se extingue por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento'".

Luiz Roldão, que estudou a matéria antes do advento do novo Código, buscou, no direito estrangeiro, informações que permitissem chegar às conclusões que apresentou, já que seu trabalho originalmente foi para obtenção do grau de doutor, que alcançou com brilho.

A conclusão 27ª, às p. 309-310 de sua obra citada, é exatamente sobre as garantias que guarnecem a obrigação transferida, que ele entende que, a título de princípio geral, devem acompanhar a dívida transmitida, salvo a hipótese de terem sido constituídas por terceiros, quando há que se exigir o consentimento prévio desses terceiros garantidores. Excepciona, ainda, as garantias prestadas pelo devedor que não consentiu na transferência da dívida. À evidência, está falando das hipóteses não negociais, ou seja, as cessões legais ou judiciais, que não são objeto do tratamento legislativo em exame.

Enfim, sua posição teórica e genérica é de que as garantias prestadas pelo devedor original remanescem.

O que se vê do texto legal é, no caso específco das denominadas garantias especiais, em outro sentido, ao contrário do que foi entendido por Mário Luiz Delgado Régis, em proposta de alteração do novo Código, dizendo ter apoio em Luiz Roldão. *Data venia*, o que o autor referiu em sua obra como garantias específicas são só as que são inseparáveis da pessoa do credor, portanto só podem ser as fidejussórias. Ora, à evidência que a lei não está se referindo a estas, porque quem as presta não é o devedor, mas terceiro, ao devedor.

O dispositivo é expresso ao referir *as garantias especiais por ele originariamente dadas ao credor*. Portanto, garantias prestadas pessoalmente, não através de terceiros.

O que se há de entender por especiais, no texto legal, são as garantias que não

eram inerentes ao nascimento da dívida, que, se não existissem, não impediriam o surgimento do negócio. O devedor as oferece como um *plus* de sua parte, além do que pelo negócio ficará obrigado.

Dado o caráter excepcional de seu estabelecimento é que se impõe legalmente que prossiga o devedor originário como garantidor.

Assim, com a devida vênia, não se tem a hipótese presumida pelos que falam em alterar o dispositivo...

Art. 301. Se a substituição do devedor vier a ser anulada, restaura-se o débito, com todas as suas garantias, salvo as garantias prestadas por terceiros, exceto se este conhecia o vício que inquinava a obrigação.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 415 (2ª parte); Código Civil suíço, art. 180; Código Civil austríaco, § 1.407; Código Civil mexicano, art. 2.055; Código Civil grego, art. 475; Código Civil português, art. 597º.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1979. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1978, v. 14. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. PERLINGIERI,

Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 23. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996, v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo é mera decorrência do disposto quanto à invalidade absoluta do negócio jurídico, arts. 166 e seguintes.

A obrigação original sendo válida e a assunção sendo nula, à evidência que a original remanesce válida e exigível.

A exceção posta no artigo é quanto aos terceiros garantidores do débito original, que, com a transmissão da obrigação para terceiro, tiveram encerrada sua responsabilidade, assumida em função da pessoa do devedor original.

O Direito italiano, art. 1.276, dispõe de forma absoluta quanto aos garantidores.

Como o princípio que rege as relações negociais é o da boa-fé objetiva, que se aplica a todos que participem das relações negociais, nosso Código prevê a hipótese de, se o garantidor tinha conhecimento da nulidade da transmissão, este negócio não o beneficiar, pois que era seu dever informar a causa da nulidade antes da realização do negócio.

Ainda que não fosse parte diretamente no negócio, como credor ou devedor, é responsável; logo, também imputado nos deveres de lealdade e de informação, com o que não fica exonerado se omisso.

Luiz Roldão anotou, em sua obra (*Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*):

“Comecemos... pela invalidade do ato que lhe daria nascimento, contrato de transmissão.

Vimos que, se este, por defeito de capacidade ou falta de legitimação das partes, por vício do objeto, de forma ou pertinente ao mútuo consenso, vem a ser anulado ou declarado nulo, não haverá transmissão de dívida, restabelecendo-se a obrigação originária (...).

Neste sentido preceituam o art. 597º do Código Civil português, o art. 180, alínea 1, do Código suíço das Obrigações e o art. 1.276 do Código italiano, este último com referência, especificamente, à invalidade da nova obrigação...” (p. 235).

Almeida Costa, em *Direito das obrigações*, quanto ao que dispõe o Código português, é no mesmo sentido, como se vê da p. 573. Assim também a doutrina lusa em geral, como se pode observar, por todos, de Antunes Varela.

Art. 302. O novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 417; Código Civil suíço, art. 179; Código Civil austríaco, § 1.407; Código Civil grego, arts. 473 e 474; Código Civil mexicano, art. 2.056; Código Civil português, art. 598º; Código Civil paraguaio, art. 541.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1979. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 23. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em*

geral. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: Na doutrina muito se refere à abstração da causa quanto a idêntico dispositivo no direito estrangeiro, particularmente no português.

É o que ressalta Luiz Roldão, nas referências às divergências nas obras de Carlos da Mota Pinto e de Antunes Varela, este nos comentários ao Código juntamente com Pires de Lima.

A posição de Carlos da Mota Pinto consta da edição brasileira de *Cessão de contrato* (São Paulo: Saraiva, 1985), que, exatamente por partir de visão da figura contratual, entende a assunção de dívida como contrato plurilateral, sem fazer eventual cisão entre assunção do adimplemento e assunção de dívida, ou seja, do negócio feito só entre assunto e devedor, do negócio por eles feito e aprovado pelo credor.

Diz o referido mestre português que no Direito alemão há tutela relativa do contraente cedido ou do credor na análise do negócio de assunção de contrato ou de dívida com a convenção causal que lhe serve de fundamento, com o que está excluída a possibilidade de invocação das exceções que servem de fundamento à assunção do contrato ou da dívida, mas só as ligadas ao próprio negócio da assunção, o que, todavia, não é satisfatório. Enfim, poder-se-ia dizer que se afastaria a possibilidade de aplicação da teoria da redução. Isso porque se poderia chegar à invalidade da cessão, frustrando as legítimas expectativas do cedido. Daí que a única solução é adaptar as regras rígidas do contrato plurilateral à tutela da confiança dos declaratários. Tal situação levaria à impossibilidade de se admitir a estabilidade da convenção plurilateral, visto que anuláveis as relações internas que a compõem.

Expressamente conclui:

“Se a invalidade, em vez de promanar duma vicissitude subjetiva do cessionário (vício ou falta de vontade, incapacidade), tiver o seu fundamento numa deficiência objetiva do acordo entre cedente e cessionário (p. ex., ilicitude do conteúdo, do objeto ou do fim), ainda assim não pode estender-se a todo o contrato sem tomar em consideração as expectativas legítimas do sujeito estranho ao acordo onde se manifesta o fundamento da invalidade. Quer dizer: também nessas hipóteses se impõe a exigibilidade do conhecimento ou cognoscibilidade, pelo credor ou pelo contraente cedido, do fundamento de invalidade ocorrido nas relações entre devedor ou parte originária e assuntor ou cessionário” (p. 41-426).

E tal texto, não se pode concluir que se oponha ao que dispõe o nosso Código,

já que a previsão é exatamente de que o novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo. Portanto, no dizer de Mota Pinto, só o conhecimento prévio pelo credor é que permitiria a invocação da exceção. Ora, o conhecimento prévio omitido ao novo devedor implica agravamento de sua situação, em benefício do credor, o que contraria o princípio da boa-fé objetiva.

Assim, não vemos incompatibilidade com as colocações de Antunes Varela nem com as que são expostas por Almeida Costa (*Direito das obrigações*), que equivalem ao prévio conhecimento pelo credor:

"Pelo que toca aos meios de defesa do assuntor, providencia o art. 598º: 'na falta de convenção em contrário, o novo devedor não tem o direito de opor ao credor os meios de defesa baseados nas relações entre ele e o antigo devedor, mas pode opor-lhe os meios de defesa derivados das relações entre o antigo devedor e o credor, desde que o seu fundamento seja anterior à assunção da dívida e se não trate de meios de defesa pessoais do antigo devedor'" (p. 576-577).

Veja-se que perante o Direito italiano Pietro Perlingieri, no *Manuale di diritto civile*, diz, concorde com nossa disposição:

"Ciò ha rilevanza in relazione al regime di opponibilità delle eccezioni. Nella delegazione pura, infatti, il delegato può invocare nei confronti del delegatario le eccezioni che riguardano il suo rapporto con costui, ma non le eccezioni che egli avrebbe potuto opporre al delegante né quelle che il delegante avrebbe potuto muovere al delegatario. Viceversa, nella delegazione titolata possono opporsi le eccezionii relative al rapporto, sottostante che è stato richiamato nel contratto delegatorio" (p. 276).

Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 416; Código Civil austríaco, § 1.408.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Código Civil*: anteprojetos (coord.

Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4; *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1979. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970. v. 1. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, v. 14, 1978. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 23. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 3; *Dizionario pratico del diritto privato* (org. Scialoja). Milano: Vallardi, s. d. v. 1. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo trata de hipótese muito comum nas relações negociais, em todo o mundo, o que implica previsão explícita nos diversos sistemas, como anota Luiz Roldão, à p. 247 de sua obra monográfica, apontando, com base em Saleilles, o art. 41 da Lei Hipotecária da Prússia, de 5-5-1872, como a primeira específica.

Roberto de Ruggiero, que entre nós ensinou na Universidade de São Paulo e chegou a publicar em português suas *Instituições de direito civil*, pela Editora Saraiva, com 3ª edição em 1973, equivalente à obra editada na Itália, na sua 6ª edição, traduzida por Ary dos Santos e atualizada por Antônio Chaves e Fábio Maria de Mattia, v. 3, p. 143, sustenta que:

"Cedência de débito (*Accollo*) — Limitada apenas às mudanças do lado passivo das obrigações, a cedência (*accollo*) é o ato de chamar a si um débito

alheio, isto é, uma convenção entre o devedor e um terceiro, mediante a qual este toma sobre si o débito daquele...

(...) a cedência simples, na qual o cessionário do débito alheio se obriga para com o devedor a pagar em seu lugar, mas em cujo acordo não toma parte o credor, que não perde, por isso, o seu devedor originário".

Já no verbete "accollo", no *Dizionario pratico del diritto privato*, coordenado por Scialoja, faz as seguintes observações sobre o *accollo semplice*:

"*Casi di accollo semplice nella pratica civile e commerciale.* L'accollo semplice, così come l'abbiamo descritto, può o avvenire con una convenzione a ciò espressamente diretta, o aver luogo in un negozio che tacitamente lo comprende. Pel primo caso non è qui nulla da aggiungere. Importante è invece il vedere quali sieno nel diritto nostro quei negozi che possono produrre l'accollo semplice...

1º Vendita di fondo gravato d'ipoteca. È questo uno dei casi più comuni di accollo semplice. L'acquirente di un tal fondo assume l'obbligo di pagare i debiti ipotecari...".

Luiz Roldão faz remissão ao exemplo de Ruggiero para mostrar a diferença entre o sistema prussiano e o italiano, visto que no primeiro a venda do imóvel hipotecário implicava a liberação do devedor primitivo, enquanto no segundo não, tal qual acabou ocorrendo no Código Civil alemão, § 416.

Assim, o autor nacional descreve que naqueles sistemas passou a vigorar a regra de que a assunção da dívida não libera o devedor originário, mas o que se há de lembrar, e lembra o autor nacional, é que, ao lado do mero negócio entre devedor originário e assuntor, pode existir a efetiva assunção de dívida que envolve a posição do credor que concorda.

Por isso, citando Carvalho de Mendonça, diz que, se o credor tiver aceitado a assunção de dívida, o devedor originário fica liberado. A concordância de Luiz Roldão é em termos, pois parte de posição de Pontes de Miranda, fundado no Direito germânico. Diz Roldão:

"Pensamos que, se se quiser que o adquirente do imóvel hipotecado responda pela dívida pessoalmente, impõe-se que assuma a dívida garantida, expressamente, salvo determinação legal que imponha sua transferência. E, ao assumi-la, poderá fazê-lo exonerando, ou não, o devedor originário, embora seja a primeira hipótese a que mais condiz com a operação e comumente deva ocorrer" (*Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*, p. 252).

Lembra o autor que a partir da Lei n. 4.380, de 21-8-1964, relativa ao Sistema Financeiro da Habitação, tornaram-se cotidianos os casos de alienação de imóvel

hipotecado a entidades que o integram, que ao alienar as unidades aos particulares fazem-no com transmissão da dívida hipotecária, ainda que até agora a prática tabelioa identifique com “sub-rogação” na dívida.

O novo dispositivo já havia sido previsto nos projetos anteriores, como referido por Agostinho Alvim.

O que se deve ressaltar é que se não houver a negativa expressa não se poderá deixar de admitir como existente o negócio entre devedor originário e assuntor, só que não com os efeitos de assunção de dívida, tal como prevista no Código, mas, simplesmente, como assunção de adimplemento, portanto negócio vinculando somente os dois, devedor originário e assuntor.

Confirmando a regra geral, assunção de dívida no nosso sistema só existirá mediante o consentimento do credor, que na hipótese específica pode dar-se com o silêncio no prazo exigido para a manifestação da negativa.

TÍTULO III
DO ADIMPLEMENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

O Código inova no título em relação ao de 1916, que denominava “Dos efeitos das obrigações” o Título II do Livro “Do direito das obrigações”.

Realmente o que se tem no presente Livro é relativo à extinção das obrigações, que tem por figura central a forma normal de extinção, que é o adimplemento.

Aliás, é frase de Agostinho Alvim: “O cumprimento da obrigação dá como resultado a sua extinção. Adimplir é extinguir. Os dois momentos confundem-se”.

Portanto, o objeto do Livro é a extinção da obrigação, que se dá não só com o adimplemento, com o pagamento, que é termo que equivale àquele, pois outras formas há de extinção, como, por exemplo, a confusão ou a remissão, em que não se tem adimplemento.

Pietro Perlingieri, em obra monográfica, *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*, Napoli: Jovene, 1971, dedica sua atenção ao que denomina fenômeno extintivo, que oferece uma série de problemas. Acentua: “...Proprio in riferimento al rapporto obbligatorio si pone, con estremo interesse, la distinzione, sempre contestata ma pur sempre risorgente, tra fatti estintivi satisfattori e fatti estintivi non satisfattori.

Una visione formalistica dei fatti estintivi considera non utile e non opportuna

questa distinzione... Questa visione, per cosí dire, negativa della distinzione dei fatti estintivi satisfattori e non satisfattori comporta notevoli conseguenze non soltanto sul piano costruttivo, ma anche su quello operativo, applicativo: nell'interpretazione estensiva ed in quella analogica della normativa riservata al fenomeno estintivo dell'obbligazione ...

... riguardo ai fatti estintivi, per il legislatore non può essere irrilevante il fatto che un soggetto, in particolare il creditore, mediante l'estinzione dell'obbligazione raggiunga il risultato dovuto o invece un risultato sostitutivo, equivalente a quello dovuto..." (p. 1-2).

Um Código como o atual, que se funda, entre outros, no princípio da operacionalidade, evidentemente tem de levar em conta tal distinção, porque os efeitos jurídicos são diversos.

Um dos Códigos mais recentes, o da Província de Quebec, no Canadá, também designa o capítulo correspondente, o *Chapitre Sixième, "De l'exécution de l'obligation"*, ou, na versão inglesa *Performance of obligations*. O Código Civil russo usa a seguinte denominação, na tradução inglesa: *Chapter 26. "Termination of Obligations"*, que inclui o pagamento (*performance*) ao lado de outras hipóteses, como compensação, confusão etc.

Na doutrina, como se viu, faz-se nítida distinção entre as formas de extinção satisfativas do crédito e outras não satisfativas, porque, como, ainda uma vez, diz Perlingieri:

"In conclusione, non è possibile classificare i fatti estintivi esclusivamente in base ad uno studio analitico delle loro strutture, in una visione che escluda ogni valutazione teleologica degli interessi; delle funzioni che giustificano la struttura. Quest'impostazione consentirà non soltanto di classificare i fatti estintivi in satisfattori e non satisfattori, ma di andare più a fondo e di costatare, nell'ambito di quei fatti estintivi c.d. satisfattori, che la soddisfazione del creditore può avvenire in maniera svariatissima; e, secondo il modo con il quale il creditore è soddisfatto, la disciplina di quel fatto potrà essere in parte diversa, dovendo realizzare, per avventura, interessi diversi" (*Manuale di diritto civile*, p. 3-4).

Outras mudanças ocorreram neste Livro, não só de localização, mas de natureza conceitual, uma vez que disposições restritas a hipóteses específicas foram trazidas para a parte inicial do Livro, como gerais e abrangentes de diversos tipos.

CAPÍTULO I

DO PAGAMENTO

Como já referido, pagamento é termo que corresponde a adimplemento. Por sinal, o art. 1.553 do Código Civil de Quebec diz, expressamente, que "se entende por pagamento não somente a transmissão de uma soma de dinheiro para quitar uma obrigação, mas também a execução mesma do que é objeto da obrigação".

Portanto, a atividade do devedor que cumpre a prestação é o pagamento, é o adimplemento da obrigação. Como dizia Clóvis: "Pagamento é a execução voluntária da obrigação. *Solutio est praestatio ejus quod est in obligatione.* (...) Vem a palavra do latim *pacare*, porque era o modo de apaziguar o credor".

O que se verá neste livro é uma síntese das relações jurídicas que se estabelecem entre as partes, pessoas, no dizer do Código (quem deve pagar e aqueles a quem se deve pagar), tendo um comportamento exigível (o objeto da prestação), a ser prestado em determinado local (lugar do pagamento, aspecto espacial da relação), em determinado momento (tempo do pagamento, porque tudo no Direito está relativizado ao tempo).

Seção I
De quem deve pagar

Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 930. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.*

Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e por conta do devedor.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 267; Código Civil suíço, art. 68; Código Civil francês, art. 1.236; Código Civil italiano, art. 1.236; Código Civil espanhol, art. 1.158; Código Civil chileno, art. 1.572 ("De los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago

efectivo"); Código Civil argentino, art. 726; Código Civil de Quebec, art. 1.555 (abre um artigo, o 1.553, para explicar o que vem a ser pagamento, salientando, em seu art. 1.534, que todo pagamento pressupõe uma obrigação); Código Civil russo, que, ao tratar do pagamento, apresenta somente as variações das formas de pagamento: dinheiro, letra de câmbio, cheque etc., não acompanhando as mesmas divisões e formatos dos outros Códigos; Código Civil português, art. 767º (o Código português, ao contrário do brasileiro, fala em "cumprimento da prestação").

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA,

Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O presente artigo é tradicional no mundo do Direito, havendo dele previsão desde o Direito Romano, no Título XXIX do Livro III das Institutas de Justiniano.

Desde o Código Civil francês, passando pela BGB, as versões do Código italiano, do português, como dos primitivos na América Latina, chileno, mexicano, argentino etc., todos mantêm a disposição.

A solução, que é a forma normal da extinção, dá-se mediante o cumprimento pelo próprio devedor.

É muito significativo o termo "solução", como anota Clóvis do Couto e Silva, sob n. 52, em *A obrigação como processo*, p. 44: "'Solutio', 'solvere' tem o significado de cortar as cadeias, libertar-se (cf. Walde-Hoffmann, *Etynologisches Worterbuch*, II, p. 557, 1954)".

Mas pode ocorrer que antes de chegado o momento do cumprimento se alcance uma forma que satisfaça o credor, ou mesmo chegado o momento, tanto quanto se poderá chegar a uma forma que extinga, sem que o crédito tenha sido satisfeito, mas encerre a relação entre as partes. Forma anormal será o descumprimento da obrigação, que dará azo ao nascimento da execução forçada, intervenção na esfera de liberdade pessoal do devedor.

Como dizia Agostinho Alvim, em *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 6: "O cumprimento da obrigação é a regra; o inadimplemento, a exceção".

Já nos referimos anteriormente à possibilidade de extinção da relação pela impossibilidade da obrigação, sem culpa do devedor.

A partir dessa fase do Código o que interessa não é a impossibilidade, mas o adimplemento, ou o inadimplemento, portanto, a solução normal, ou o comportamento contrário ao esperado pelo Direito, que é o de cumprimento do dever obrigacional.

O que veremos é que em relação ao credor a obrigação se extinguirá com a atividade pessoal do devedor, nas personalíssimas, e mesmo pela atuação satisfativa de terceiro, nas demais.

Eduardo Alvarez Puga, em *De la extinción de las obligaciones*: el pago, lembra:

"Y no sólo en el orden general del derecho tiene fundamento este principio, sino en el particular del acreedor, ya que su interés solamente se dirige a que se actúe el contenido de la obligación, siéndole indiferente — excepto en las obligaciones de carácter personalísimo — la persona que lo realice. Mediante el pago, aún realizado por tercero, la ley considera satisfechos los intereses legítimos del acreedor y los del deudor, dictando una serie de normas encaminadas a evitar que se le ocasionen perjuicios a ambos" (p. 6-7).

Basicamente fala-se de terceiro quanto ao que não está diretamente ligado na relação, ou seja, que não figura como devedor, mas que poderá ser interessado na liberação do devedor em face do credor; esta a razão do final do *caput* do artigo prever que a oposição do credor pode ser enfrentada pelo devedor, ou pelo terceiro, com meios que levem à exoneração do devedor, à sua liberação.

O que legitima o pagamento, o adimplemento, inclusive por terceiro, neste *caput*, é o *interesse*. Daí que, se existente, não pode o credor opor-se, sob pena de ficar constituído em mora. Só o próprio devedor é que pode excluir o pagamento por terceiro interessado, porque é seu direito subjetivo cumprir sua obrigação.

Pode ocorrer exceção a tal regra, ou seja, hipótese em que o interessado, devedor, por ter o que Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, v. 24, § 2.906, p. 88-89) denomina *direito de adimplir*, não pode opor-se ao pagamento feito por ele. Com base na doutrina alemã distingue o "*Befriedigungsrecht*, o direito de adimplir, direito de satisfação, ou *Ablösungsrecht*, direito de resgate". Estes são inerentes aos terceiros que têm relação de direito real com o devedor, tais como o condômino, o usufrutuário, o enfiteuta (nas que remanescem), o superficiário, o usuário, o compromissário comprador etc., tanto quanto o adquirente de imóvel hipotecado, como previsto na primeira parte do art. 303.

Para muitos autores, mesmo em razão de relações de direito puramente obrigacional, pode-se dar a hipótese, o que é contestado por outra parte da doutrina. Assim com relação ao que presta garantia ao devedor, como é o caso do fiador. A parte da doutrina que não reconhece o garante como terceiro não distingue devedor de responsável, ou seja, reputa o fiador como devedor.

Como se verá nos artigos específicos, tal pagamento feito pelo terceiro interessado, o mesmo decorrente das hipóteses de direito de adimplir, ou de resgatar, levará à sub-rogação, ou seja, o terceiro passa a ter a pretensão, que era do credor, de exigir do devedor o adimplemento da dívida, conforme previsto no art. 346, I a III.

Fica claro, nessas hipóteses, que só ocorreu satisfação do credor, portanto, não houve adimplemento pelo devedor, que continua devedor. A dívida não foi extinta, e ao credor satisfeito sucede o terceiro sub-rogado.

Hipótese diversa tem-se no parágrafo único, uma vez que aqui está referido o terceiro não interessado, cuja atuação não se dá em nome próprio, mas em nome e em favor do devedor.

Tal atuação só pode ser obstada pelo próprio devedor, que, como já se disse, tem o direito subjetivo de cumprir o próprio dever, com o que pode excluir a atuação de terceiros.

Na hipótese do pagamento feito em tais condições não se dá sub-rogação, já que o pagamento foi feito em nome e por conta do devedor, que, nessas circunstâncias, sem atuação sua, ficou liberado da dívida.

É evidente que houve uma vantagem econômica para o devedor, que não sofreu qualquer diminuição em seu patrimônio, o que ocorreria com o adimplemento por sua conta. Pelo contrário, o devedor originário teve um benefício patrimonial, um enriquecimento sem causa, à custa da atuação do terceiro.

Nesse caso, portanto, o terceiro só poderá exercer pretensão em face do devedor comprovando que este obteve vantagem patrimonial sem motivo determinante prestigiado pelo Direito, isto é, enriquecimento sem causa.

Art. 305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.

Parágrafo único. Se pagar antes de vencida a dívida, só terá direito ao reembolso no vencimento.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 931. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.*

Parágrafo único. Se pagar antes de vencida a dívida, só terá direito ao reembolso no vencimento.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 267; Código Civil chileno, art. 1.573; Código Civil argentino, arts. 727 e 729.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione*

nelle obbligazioni. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Na hipótese presente temos situação diferente da prevista no parágrafo único do artigo anterior, pois aqui o pagamento é feito pelo terceiro interessado em seu próprio nome, não no do devedor.

No projeto de Clóvis a redação era diversa, pois se referia ao terceiro que pagava dívida do devedor, sem que este soubesse, portanto, com o desconhecimento do devedor. Mas a redação que prevaleceu foi a que corresponde à do dispositivo atual, até porque há previsão expressa no art. 306 para o desconhecimento pelo devedor.

Hipótese que tipifica a previsão temos na conhecida gestão de negócios, em que só surge o direito de reembolso do que efetivamente se pagou (art. 869, *caput*).

Aqui, ainda uma vez, tem aplicação o fundamento do enriquecimento sem causa, visto que inadmissível a sub-rogação pessoal, também denominada convencional, que enseja aplicação do art. 349.

O que se tem aqui é a possibilidade só do reembolso, sem os privilégios que possam cercar o crédito original, e que, com a sub-rogação, ensejariam a persecução do débito, que remanesce existente para o devedor originário.

Nítida diferença se tem com o parágrafo único, que evidencia que, se ocorreu o pagamento antecipado, o devedor não fica obrigado a pagar antecipadamente; como seu débito só poderia ser exigido no vencimento, será só então que irá

reembolsar o terceiro, e só até o limite do que ele desembolsou.

Prevalece o princípio de que o devedor não pode ter sua situação agravada, ainda mais por terceiro estranho à relação obrigacional.

Art. 306. O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 932. Opondo-se o devedor, com justo motivo, ao pagamento de sua dívida por outrem, se ele, não obstante, se efetuar, não será o devedor obrigado a reembolsá-lo, senão até à importância em que lhe aproveite.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 267; Código Civil espanhol, art. 1.159; Código Civil chileno, art. 1.574; Código Civil argentino, art. 728; Código Civil europeu, art. 7:106 (adimplemento por terceiro).

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O devedor pode ter razões e exceções que obstam o direito do credor, como o fato de ter ocorrido a prescrição, ou porque pode opor a compensação, em razão de crédito que tem perante o credor, ou, ainda, alguma nulidade na fase pré-negocial, que pode suscitar.

Daí que o devedor terá justo motivo para se opor ao terceiro que pretende pagar dívida sua. Se, porém, o terceiro já houver pago, não se pode agravar a situação do devedor, que manterá o direito de opor suas exceções, seu direito à compensação etc., quando instado ao reembolso.

A solução dada pela lei nem sempre foi a mesma, pois que no Direito Romano não se admitia qualquer ação do terceiro contra o devedor, ou a que continha o Código Comercial de negar efeito ao pagamento realizado pelo terceiro, em face de oposição do devedor.

Art. 307. Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu.

Parágrafo único. Se se der em pagamento coisa fungível, não se poderá mais reclamar do credor que, de boa-fé, a recebeu e consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de aliená-la.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 933. Só valerá o pagamento, que importar em transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto, em que ele consistiu.*

Parágrafo único. Se, porém, se der em pagamento coisa fungível, não se poderá mais reclamar do credor, que, de boa-fé, a recebeu, e consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de alheá-la.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil chileno, art. 1.575; Código Civil argentino, art. 738.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de

las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Tem-se como regra que a incapacidade do devedor não exclui sua legitimidade para o pagamento. Essa regra tem um fundamento prático a inspirá-la, pois evita que se pretenda a restituição do que continuará sendo devido, e que, por evidente, terá de ser pago novamente.

Tal regra está ligada à denominada capacidade negocial, ou seja, ao entendimento que se presume adquirido com a idade, razão pela qual varia de sistema para sistema.

O presente artigo, porém, não busca vedar em razão da capacidade negocial, mas da capacidade de disposição, portanto, da situação jurídica pertinente ao direito de dispor.

Conforme observa Clóvis do Couto e Silva (*A Obrigação como processo*, p. 66), essa capacidade de disposição se insere como condição nesse negócio jurídico, que se situa entre a compra e venda (obrigacional) e a tradição (direito das coisas), entre o *titulus* e o *modus adquirendi*, enfim no negócio dispositivo a que alude o art. 933 do Código Civil (atual art. 307). Daí fazer remissão à nota de rodapé, em que se lê o seguinte: "É preciso não perder de vista que 'o poder jurídico de dispor sobre um direito subjetivo é uma exigência do negócio dispositivo. Não se pode confundir esse poder com a capacidade negocial. Esta última é um atributo da pessoa, enquanto que o poder dispositivo é uma relação com o direito subjetivo' (Enneccerus-Nipperdey, 'Lehrbuch', I, 2, pág. 885)".

Não se está diante de simples obrigação de dar, mas de obrigação de dar qualificada pela possibilidade de alienação, portanto, de efetiva transmissão do domínio, da propriedade.

Carvalho Santos, em *Código Civil brasileiro interpretado*, p. 54-55, com apoio em Jorge Giorgi, lembra que existem pagamentos que são simples atos de administração e existem pagamentos que são efetivamente atos de alienação, dentre os quais os previstos nos arts. 1.238 do Código Civil francês, e 1.240 do Código Civil italiano, de 1865, atual art. 1.192 do de 1942.

Exemplo que Orozimbo Nonato refere é o da *datio in solutum*, quando se exige a capacidade de alienação. Aliás, no Anteprojeto do Código de Obrigações de que participou, o eminente autor mantinha o dispositivo, justificando que se há de ver o direito do credor, o direito do devedor e o direito do proprietário.

A capacidade especial de alienar, sendo, como é, condição de validade do pagamento, confirma o que já se tinha no Direito Romano.

Pode-se trazer o elenco de hipóteses formulado por Jorge Giorgi, que Carvalho Santos albergou nos seus comentários, de aplicação de tal capacidade:

a) todas as obrigações de gênero ou de quantidade;

b) obrigações alternativas, ou disjuntivas no objeto;

c) vendas a peso, número e medida;

d) vendas de corpo certo e determinado, com a cláusula de conservar o vendedor a propriedade até a entrega;

e) obrigações de corpo certo e determinado, quando no ato do pagamento concorde o devedor em receber *aliud pro alio*.

Há de se observar que se o devedor vier a adquirir a propriedade após o pagamento, tem-se a denominada convalidação.

Quanto à previsão do parágrafo único, específica às coisas fungíveis que, tendo sido entregues ao credor de boa-fé, forem por este consumidas, o que se

tem é a validade do pagamento, em função da impossibilidade de recuperação da coisa, que foi efetivamente consumida pelo credor como proprietário.

O consumo e a boa-fé são os elementos determinantes dessa exceção, como já observava Giorgi, e aceito por Orozimbo Nonato.

Aqui há de se entender por coisas consumíveis aquelas que, como diziam os romanos, não mais existem '*ut corpora in rerum natura*', portanto insuscetíveis de reivindicação.

Questões que podem ser suscitadas são as do momento em que se deve caracterizar a boa-fé, se no da recepção da coisa ou no do seu consumo, e a de se ocorrer o consumo parcial da coisa.

De acordo com a doutrina desenvolvida diante dos Códigos primitivos francês e o italiano de 1865, podia existir dúvida, em face da posição de alguns autores de cunho extremamente individualista, que pretendiam que a boa-fé no momento do consumo elidia vício na recepção.

No nosso Código, desde a origem do texto em 1916, não há como se pretender isolar um momento.

A boa-fé deve existir desde a recepção até o consumo.

No tocante ao consumo parcial, à evidência que só deixa de caber a reivindicação da parte subsistente se sua natureza já não for a mesma, ou seja, não mais comportar a mesma utilidade. Caso contrário não há por que negar a possibilidade da reivindicação parcial.

Seção II
Daqueles a quem se deve pagar

Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 934. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.239; Código Civil italiano, art. 1.188; Código Civil espanhol, art. 1.162; Código Civil chileno, art. 1.576; Código Civil argentino, art. 731 e art. 733 ("el pago hecho a

un tercero que no tuviese poder para recibirlo es válido en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor, y el todo, si el acreedor lo ratificasse"); Código Civil de Quebec, art. 1.557; Código Civil português, art. 769º.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo

Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: No tocante à pessoa do credor, daquele que deve receber o pagamento, à evidência há que ser o próprio credor, ou pessoa que o represente.

Aliás, o Código Civil espanhol dispõe, no seu art. 1.162, que o pagamento deve fazer-se "à pessoa em cujo favor estiver constituída a obrigação, ou a outra autorizada para recebê-la".

Nosso texto é semelhante ao do Código Civil francês, e basicamente idêntico ao dos demais Códigos. Temos, pois, a legitimação como condição para receber o pagamento, legitimação que é o poder de receber a prestação com efeito extintivo do débito, no dizer de Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 289 e s.), ao esclarecer que é realmente uma posição de poder conferida geralmente ao credor, mas também pode competir a outros sujeitos, até mesmo de forma exclusiva, quais sejam: o representante, a pessoa indicada pelo credor, a pessoa autorizada pela lei ou pelo juiz.

Em função da referência ao poder de aceitar a prestação, com a conseqüente liberação do devedor, entende-se que tal legitimação tem por objeto uma prestação receptícia, endereçada a um destinatário determinado.

Aceitar o pagamento não implica poderes outros, como o de agir contra o inadimplente, total ou parcial, que só poderá ser exercido, por quem não é o credor, se lhe for outorgado o poder de representação.

Há, pois, o devedor que identificar corretamente a quem irá fazer o pagamento para que não pague mal, o que o levará a incidir no tradicional brocardo: "Quem paga mal, paga duas vezes".

Importa aqui esclarecer que estamos tratando de relações de Direito Civil, e que as pessoas têm condição de individualidade e estabelecem tratativas,

negociações, para chegar à formulação de relações contratuais, criadoras de obrigações entre seres personalizados.

Diversamente podemos ter nas relações negociais de massa, em que ocorre a despersonalização, na atividade econômica de escala, quando muitos negócios e obrigações são estabelecidos com indeterminação, até com desconhecimento de quem seja a outra parte, como pode e acontece nos negócios de consumo.

Esses negócios, contratos que se celebram por comportamentos expressivos, realizados inclusive com máquinas, obedecem a um regime jurídico derivado, decorrente, mais específico e especial.

Deve-se observar que a legitimidade do credor tem de conter o poder de liberar o devedor. Porém, pode ocorrer que o credor, que originariamente tinha tal poder, venha a sofrer a perda da disponibilidade jurídica, ou da própria capacidade negocial.

A perda do exercício do direito de crédito, que só pode dar-se após o nascimento da relação obrigacional, pode advir de um novo negócio ou de um direito autônomo de terceiro. Assim, pode ocorrer que o credor não perca a titularidade do crédito, mas que os pagamentos a ele efetuados não possam ser eficazes perante terceiro, em razão de uma penhora, ou da instituição de um usufruto sobre o crédito.

A ressalva final do artigo é extremamente importante para o devedor, pois vai evidenciar que, mesmo não tendo sido feito o pagamento ao credor, poderá ser sanado, atingir a sua liberação, se por ele, credor, for ratificado, ou desde que se consiga provar que reverteu em seu proveito.

Há que se observar que a ratificação poderá ser expressa ou tácita.

Quanto aos representantes, são os legais, ou os voluntários, portanto, aqueles a quem a lei, ou o juízo, conferiu poderes, ou os que o próprio credor investiu dos poderes de representação, mesmo que exclusivamente para tal fim.

Autorizados são os que portam a quitação (art. 311), aos quais se pode acrescer os que são indicados especificamente pelo credor como destinatários do pagamento, ainda que não representantes, como ocorre comumente com a indicação de um banco em que deve ser feito o pagamento. Note-se que nesses casos não se tem expressa autorização dada diretamente ao banco, mas mera indicação do credor para que o devedor, perante aquele, efetue o pagamento.

Os indicados são pessoas estranhas à relação credor/devedor.

Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda

provado depois que não era credor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 935. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.189 (pagamento "al creditore apparente"); Código Civil espanhol, art. 1.164; Código Civil argentino, art. 735 ("si el acreedor capaz de contraer la obligación se hubiese hecho incapaz de recibir el pago, el deudor que sabiendo la incapacidad sobreviniente se lo hubiese hecho, no extingue la obligación"); Código Civil de Quebec, art. 1.559 ("le paiment fait de honne foi au créancier apparent que subsequemment il soit établi qu'il n'est pas le véritable créancier").

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 7. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo,

GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed. s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Os requisitos postos são a boa-fé do devedor no fazer o pagamento e a aparência de efetivo credor de quem recebe o pagamento.

A doutrina brasileira prestigiou muito a definição de credor putativo de Carvalho de Mendonça, como se vê tanto de Carvalho Santos como de Orozimbo Nonato. Dizia o grande comercialista que "credor putativo é o que se acha na posse do direito e ação para haver a dívida; é o titular ostensivo do crédito, o que tem todas as aparências de ser o proprietário legítimo dele".

Clóvis buscou ser mais sintético: "Credor putativo é aquele que, aos olhos de todos, passa por ser o verdadeiro credor, como o herdeiro ou o legatário aparente".

Já Pontes de Miranda diz que "é o que, sem no ser, aparece como credor: o herdeiro, o inventariante sem direito à nomeação, o legatário aparente, o testamenteiro aparente. Não é credor putativo quem se diz credor sem aparecer como tal, com qualidade para exigir...".

Como se vê, há reiterada referência à aparência na caracterização do credor putativo.

Eduardo Alvarez Puga, na obra já citada, expõe o conflito de posições de Gómez-Acebo e de Bergamo, porque este último tinha tentado formular uma posição pela qual a aparência decorreria de convicção pessoal, posição subjetiva do que atua confiado nela. Concluiu o autor espanhol que, "para não incorrer em erro de confundir a boa-fé com a aparência, convém levar em consideração que enquanto a boa-fé tem um carácter marcadamente subjetivo, as notas características da aparência são predominantemente objetivas".

É de observar que hoje falamos de boa-fé objetiva, o que implicaria deixar de lado a distinção, mas, de outro lado, não se pode deixar de concordar que a aparência precisa ser reconhecida objetivamente, ou seja, não se põe só aos olhos do devedor, mas de todos.

Importa anotar que, por má influência do Código Civil francês, no art. 1.240, vários Códigos acresceram ao dispositivo referente ao credor putativo o pagamento feito a quem tinha a posse do título, o que, evidentemente, prejudicou o entendimento, por bom tempo.

Aliás, no Brasil, João Luís Alves preferia falar de portador do título, em lugar de credor putativo.

Carvalho Santos, que era precedido por Clóvis, insistia em que a posse do título era requisito, ainda que a referência fosse a títulos que não os ao portador, cuja previsão específica é outra. Há que se lembrar que o projeto de Clóvis referia ao portador de título.

De maneira contrária sustenta Giorgi, que recrimina a influência do Direito francês diante da tradição romana e das antigas escolas italianas em torno do *acreedor putativo.*

"95. Objetivamente, buena fe quiere decir concurso de circunstancias por las cuales aparece excusable el error del deudor. No vana credulidad, fruto de inexperiencia o de crasa ignorancia, sino la buena fe que tiene por fundamento el error perdonable. No el error del que paga *vana simplicitate deceptus et juris ignorantia*, sino por efecto de la ignorancia justificada por la apariencia, *quae etiam prudentissimos fallit*...

...La ley quiere señalar la calidad de acreedor aparente, fundada sobre circunstancias que autorizan a un deudor advertido y vigilante para reconocer en Ticio o en Cayo la persona del acreeedor, cuando por razones inopinadas u ocultas el crédito correspondía a Sempronio. Esto es *error communis facit ius*" (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, vol. VII, p. 119-120).

Porém, hoje, não há que se confundir, visto ser evidente que, se alguém porta o título, tem a aparência, mas não é o único caso de aparência, como defende

Orozimbo Nonato, que lembra as colocações precisas:

"*Credor putativo* é o *credor aparente*, como prefere dizer Teixeira de Freitas, o que tem a posse da *qualidade* de credor, na referência de Felício dos Santos".

O pagamento feito ao credor putativo será válido, e a desconformidade com a realidade levará à reivindicação pelo verdadeiro credor em face do putativo, já que liberado o devedor.

Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 936. Não vale, porém, o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.241; Código Civil italiano, art. 1.190 (*creditore incapace*); Código Civil espanhol, art. 1.163; Código Civil argentino, art. 734 ("persona impedida de administrar sus benes sólo será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad"); Código Civil de Quebec, art. 1.558; Código Civil português, art. 764º.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch,

1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Conforme se vê da análise de Pontes de Miranda, o presente dispositivo ensejou diferentes tratamentos nos sistemas positivos.

Assim, no Direito romano, seguido pelo Direito alemão, o incapaz não podia pagar nem alienar, e conseqüentemente não podia dar quitação; assim, se o devedor efetuasse pagamento ao incapaz, só conseguiria obter o reconhecimento se, cobrado, opusesse a exceção *doli mali*. Portanto, não se tinha adimplemento, razão da necessidade de invocação da exceção.

No Código francês deu-se solução diferente, com o art. 1.214: "Le payement

fait au créancier n’est point valable, s’il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tournée au profit du créancier”.

No Código francês pôs-se a questão referindo à validade do pagamento, salvo se o devedor provar que reverteu em proveito do incapaz. Logo, não há necessidade de oposição da *exceptio doli*.

Hoje não se falaria de validade, mas de eficácia do pagamento.

O pagamento não é entendido como negócio jurídico, mas como ato, pelo que efetivamente não há que se falar em validade. Karl Larenz (*Derecho de obligaciones*, v. 1, p. 409-411) lembra que a natureza jurídica do pagamento foi muito discutida na doutrina, formando-se três correntes: 1ª) *Teoria geral do contrato*, segundo a qual o cumprimento exige um contrato, que consiste no oferecimento da prestação “como cumprimento” que faz o devedor, e sua aceitação precisamente no conceito de cumprimento pelo credor, o que torna implícito um ato de disposição sobre o crédito, só eficaz quando o credor aceitante tenha plena capacidade negocial, ou, quando a tenha limitada, concorra o assentimento do representante legal. 2ª) *Teoria limitada do contrato*, que exige que a prestação só possa efetivar-se mediante um contrato (real); assim, a declaração do que a cumpre é de que realiza sua atuação “com a finalidade de cumprir a obrigação”, e a aceitação da prestação pelo credor também “com o fim de cumprimento”, do que resulta um contrato de cumprimento. Tem-se, pois, um ato implícito de disposição. 3ª) *Teoria da execução real da prestação*, em que o cumprimento exige sempre a produção do resultado da prestação mediante uma atuação encaminhada a obtê-lo e que de forma recognoscível corresponde ao atuar devido. Portanto, o cumprimento como tal jamais é um negócio jurídico, mas, sim, como Kretschmar diz, “ato real de extinção” que libera o devedor porque assim “converte em realidade a prestação devida”.

Essa posição de Larenz pode-se dizer que foi recepcionada por Pontes, ao afirmar que o adimplemento é *ato-fato jurídico*. Textualmente diz Pontes, no v. 24 de seu *Tratado*, § 2.903, p. 82:

“Não foi sem grandes prejuízos para a ciência que se generalizaram dizeres como ‘pagamento nulo’, ‘pagamento anulável’, ‘não vale o pagamento’. Não há plano de *validade* para pagamento, ou adimplemento: adimplemento é, ou não é (plano de existência); adimplemento produz efeitos, ou não os produz (plano de eficácia)...

...Pagamento repete-se, restitui-se; não se decreta nulidade de adimplemento, nem se anula adimplemento”.

Daí se ter claro que o termo “vale”, mantido na redação do artigo no presente

Código, conserva o erro, visto que não se trata, na hipótese, de validade, mas de eficácia do pagamento, em que pese a posição em contrário de Clóvis, no comentário ao art. 936 do Código de 1916, como a de Carvalho Santos, que se refere à hipótese descrita no artigo como de revalidação, ou, ainda, dentre os contemporâneos, a de Arnaldo Rizzardo, à p. 301 da obra já citada.

Como se observou anteriormente, o desenvolvimento da Teoria Geral do Direito é mais recente, pelo que não há que se recriminar, mas observar que no estágio atual da doutrina não se pode, e por isso merece crítica o legislador atual, admitir o emprego equivocado de validade, nas hipóteses de eficácia.

Assim, tem-se que a eficácia desse pagamento só ocorrerá se o devedor conseguir comprovar que ele reverteu em benefício do credor incapaz, é certo, mas isto se, antes, houver a suscitação da ineficácia do pagamento, o que dependerá de atividade do representante legal, ou da assistência, se for caso de incapacidade relativa.

Art. 311. Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 937. Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, exceto se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação estrangeira.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de.

Obrigações de pagamento em dinheiro. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: A manutenção da redação do art. 937 do Código de 1916 tomou por base o § 370 da BGB, embora já constasse do nosso Código Comercial, art. 296.

Em face da previsão na BGB, Dieter Medicus, em *Tratado de las relaciones*

obligacionales, p. 116, diz:

"...Juridicamente el cumplimiento sólo se regula en un único caso, a saber, en el § 370: el portador de una carta de pago (verdadera) (...) por la honradez del deudor prestante tiene fuerza legal como autorizado para la prestación. Pues cuando el acreedor confecciona un tal recibo, ya con anterioridad a la recepción de la prestación, origina, con ello, el peligro de un abuso por el tercero; por ello, se protege al deudor que, actuando de buena fe, satisface el recibo".

Karl Larenz, às p. 415-416 da obra já citada, também se refere à eficácia liberatória do pagamento de boa-fé do devedor ao portador da quitação, visto que se considera este como o autorizado para receber a prestação, a menos que as circunstâncias se oponham a tanto.

Maria Helena Diniz suscita como hipótese excepcionante a do mendigo que se apresenta com a quitação e pretende receber a dívida, como se vê de seu *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações, p. 220.

Portanto, o artigo fala de uma presunção, que pode ceder diante de prova em contrário, sendo duvidosa a afirmação clássica de que o portador da quitação é presumido como mandatário tácito, como aduz Clóvis, pois a tipificação do mandato requer outros elementos.

Art. 312. Se o devedor pagar ao credor, apesar de intimado da penhora feita sobre o crédito, ou da impugnação a ele oposta por terceiros, o pagamento não valerá contra estes, que poderão constranger o devedor a pagar de novo, ficando-lhe ressalvado o regresso contra o credor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 938. Se o devedor pagar ao credor, apesar de intimado da penhora feita sobre o crédito, ou da impugnação a ele oposta por terceiro, o pagamento não valerá contra estes, que poderão constranger o devedor a pagar de novo, ficando-lhe, entretanto, salvo o regresso contra o credor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil espanhol, art. 1.165.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel).

Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A.

Tratado de las obligaciones. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Aqui a previsão é de desobediência a ordem judicial, de constrangimento do direito de disposição do credor. Logo, é um credor que não pode quitar a dívida e liberar o devedor.

De maneira sintética e clara o antigo Código Civil da Guatemala dizia, em seu art. 2.308: “El pago hecho después de una orden judicial de retención es nulo”.

Tal afirmativa parece um contra-senso diante do que foi visto sobre o pagamento ser um ato, ato-fato, que só produz efeitos no plano ontológico, não se podendo falar em plano deontológico no que se refere à validade.

Veja-se que Carvalho de Mendonça, conforme anotação de Orozimbo Nonato (*Curso de obrigações*, p. 116), dizia que esta era a única situação em que se podia falar em pagamento nulo.

É que o artigo é de Código anterior ao desenvolvimento da Teoria Geral do Direito, mas tem a virtude de sinteticamente referir-se à hipótese que hoje denominaríamos ineficaz, como o fez Carvalho de Mendonça.

O fato é que tal pagamento não produz os efeitos liberatórios do devedor, uma vez que feito a quem não podia outorgar quitação, já que tal poder está restringido judicialmente, obrigando o devedor a depositar o valor em Juízo, que será o único, até decisão final no processo, se houve embargos à execução, a poder outorgar quitação.

Na segunda parte do artigo há extensão da ineficácia do pagamento se ocorreu impugnação oposta por terceiros.

À evidência, a impugnação há que ser judicial, ou seja, o terceiro obtém do Judiciário a emanação de ordem ao devedor para não pagar ao credor originário. Não produzirá o mesmo efeito qualquer impugnação extrajudicial, mesmo porque o sistema constitucional brasileiro só obriga alguém se houver previsão legal. Ora, impugnação de terceiro, inibidora de direito de dispor, só pode ocorrer mediante decisão judicial.

Hipótese que pode ser suscitada é a de existirem ordens judiciais diversas, ou seja, determinadas por diferentes juízos.

O devedor, no caso, há que consignar perante um deles e comunicar aos demais, jamais pretender substituir-se aos mesmos, decidindo a quem fazer o pagamento (art. 335, IV). Os terceiros, ou credores do seu credor, que disputem a

titularidade do direito de receber, que já é objeto de litígio, no caso.

Assim, se o devedor, afrontando a ordem judicial, fizer pagamento ao credor, poderá ser constrangido a fazer o pagamento eficaz, em Juízo, e buscar seu direito de regresso em face do credor originário, que estava privado da disposição.

Seção III
Do objeto do pagamento e sua prova

Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 863. O credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.243; Código Civil espanhol, arts. 1.161 e 1.166; Código Civil argentino, art. 740; Código Civil de Quebec, art. 1.561.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro:

Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Tem-se neste dispositivo uma das modificações topográficas, se é que assim se pode dizer, mais significativas do presente Código comparado com o de 1916.

É que, no de 1916, o artigo era relativo só à obrigação de dar coisa certa (art. 863), e, na verdade, como disse Agostinho Alvim, na Exposição de Motivos que apresentou a exame do Instituto dos Advogados Brasileiros:

"O art. 863 do Código revela-se estreito, quando diz que o credor de *coisa certa* não é obrigado a receber outra.

O pensamento é mais amplo: o credor, seja de coisa, seja de obrigação de

fazer, ou de não fazer, nunca será obrigado a receber outra prestação, que não a combinada, ainda que mais valiosa".

Aliás, por influência de Teixeira de Freitas, o Código Civil argentino, logo após disposição semelhante à nossa (art. 774), diz, no art. 775:

"Si la obligación fuese de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado a recibir en pago la ejecución de outro hecho que no sea el de la obligación".

Também o Código Civil espanhol, no seu art. 1.166, dispõe exatamente nesse sentido, na segunda parte:

"Art. 1.166. El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituído un hecho por otro contra la voluntad del acreedor".

Daí se ter em *De la extinción de las obligaciones*: el pago, de Eduardo Alvarez Puga, a observação:

"Resulta fácil observar en los códigos civiles de más reciente promulgación, una tendencia a suprimir el precepto contenido en el artículo objeto de nuestro estudio. Tal es el caso del Código Civil alemán, el federal de las obligaciones suizo y el novíssimo italiano de 1942. Ello es, tal vez, motivado a que esta regla es una consecuencia lógica derivada del concepto mismo de la obligación, por lo que su formulación expresa resulta superflua.

Todavia en los modernos ordenamientos legislativos tiene plena vigencia la fórmula establecida por el Derecho romano, resumida en la frase 'aliud pro alio, invito creditori solvi non potest'".

Há que se observar, por outro lado, que a disposição veda, também, pretensão de cumprimento da obrigação por forma diversa, quer na qualidade, quer na quantidade, como nas hipóteses em que se estipula resultado que não ocorra.

Nesta última hipótese há de se lembrar que não basta a prática dos atos pelo devedor, já que só se entenderá efetivado o adimplemento quando o resultado for alcançado.

O adimplemento deve ser sempre integral, quer na quantidade, quer na qualidade, quer seja obrigação de meio, quer de resultado.

Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 889. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por parte, se assim não se ajustou.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 266; Código Civil suíço, art. 314 do Livro V; Código Civil espanhol, art. 1.169; Código Civil argentino, arts. 741 e 742.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA,

Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Assim como não se tem pagamento se não for cumprida a obrigação na forma prevista, não se tem o adimplemento se a obrigação for divisível, e só algumas partes foram cumpridas, restando outras a cumprir.

Agostinho Alvim, segundo anotações de suas aulas, dizia, ao comentar o art. 889 do Código de 1916: "Em primeiro lugar o Código cogita nesse artigo de uma obrigação que não pode ser paga por parte *se assim não se ajustou*".

Extrai-se de seus ensinamentos que é facultada às partes a divisibilidade da obrigação, ou a sua indivisibilidade, como já visto nos arts. 257 a 263, ainda que física e juridicamente seja divisível; mas não havendo prévia convenção das partes, o devedor não pode pretender que o credor venha a receber a prestação fracionadamente, tanto quanto o credor não pode exigir do devedor que pague fracionadamente. Dizia o mestre: "o credor só pode exigir toda a prestação, e o devedor só pode pagar toda a prestação". Porque a obrigação é indivisível por vontade das partes.

Na verdade este dispositivo é uma decorrência do anterior, visto que só será pagamento integral o que respeitar a forma prevista para a prestação.

Extremamente relevante é a observação feita por Umberto Breccia, em *Le obbligazione*, quando trata da inexatidão quantitativa da prestação. Ressalta que surge para o credor o direito de recusar a prestação, sem que a lei fixe um limite quantitativo da prestação devida para tanto. Assim, mesmo que a falta, a diferença, seja pequena, justifica a recusa, mas que esta gera um único efeito,

isto é, o de deixar viva a obrigação para que se exija o fiel cumprimento.

Sustenta que o problema tem maiores conseqüências quando se trata de obrigações correspectivas, como acontece nas relações contratuais. Sua remissão legal é aos dispositivos equivalentes de nossos atuais arts. 235 e 236, isto é, de impossibilidade do cumprimento avençado, com o art. 1.455 do Código italiano, que inadmite a resolução do contrato se o inadimplemento de uma das partes for de pequena importância em face do interesse da outra parte.

Logo, o que resta ao credor da obrigação inadimplida é a execução da prestação faltante, que, se realmente for ínfima, será economicamente inviável.

No nosso Código não temos disposição semelhante.

Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subseqüentes.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 947. O pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação.*

§ 1º (Revogado pela Lei n. 10.192, de 14-2-2001.)

§ 2º (Revogado pela Lei n. 10.192, de 14-2-2001.)

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil espanhol, art. 1.170; Código Civil argentino, art. 744.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e

Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FERRÈRE-LAMAISON, Daniel. *El dinero en la teoría jurídica*. Montevideo: Ed. Amalio M. Fernandez, 1974. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O dinheiro tem extraordinária importância no curso da História, a ponto de Aristóteles ter-se preocupado em explicar o fenômeno da aparição do dinheiro na vida social, destacando como causa de sua origem a

existência de um acordo por meio do qual se conveio “em dar e receber nos negócios uma matéria que, útil em si mesma, fosse de cômodo manejo nas diversas aplicações da vida”.

Importa, contudo, observar, com Daniel Ferrére-Lamaison (*El dinero en la teoría jurídica*, p. 11), que:

“Es un error corriente remitirse a las concepciones económicas en materia monetaria, y tomar como dinero a los efectos jurídicos lo que es dinero para los economistas. Se trata de una concepción inadecuada, que llevaría a considerar como moneda a los pagarés en circulación, pagarés bancarios, depósitos a la vista con uso de cheques, letras de cambio y en general todo aquello que se conoce como moneda escritural. Si bien nada impide que esta moneda escritural sea tomada por la ley como moneda, generalmente no sucede así, y la ‘moneda escritural’ constituye entonces un título representativo de una obligación monetaria, y no moneda en sí mismo. T. A. Mann afirma: ‘las deudas se contraen en términos de dinero, no en cuentas bancarias o letras. Sin el consentimiento del acreedor, las letras no pueden extinguirse de otra manera que mediante el pago hecho con lo que la ley considera dinero (...) La moneda no es lo mismo que el crédito. Ni tampoco la ley de la moneda es igual a la ley del crédito’”.

Ainda de acordo com o referido autor, pode-se definir dinheiro:

“Qué es, pues, el dinero? La Suprema Corte alemana definió repetidamente al dinero como ‘un medio de pago que, siendo certificado como portador de valor por el Estado o su agente autorizado, está destinado a la circulación pública independientemente de su curso legal’. T. A. Mann lo define como ‘todos los instrumentos que, emitidos bajo la autoridad de la ley y denominados con referencia a una unidad de cuenta, están destinados a servir como medios universales de cambio en el Estado de emisión’” (p. 13).

Dieter Medicus, na análise do Direito alemão, diz que não há disposição alguma prevendo que a dívida pecuniária tenha de ser satisfeita pela *tradição de signos de dinheiro*, ainda que, hoje em dia, sempre se refira, na vida diária, a pagamento em efetivo nos pequenos negócios. Anota, contudo, que, curiosamente, quanto ao curso das moedas metálicas, por disposição legal específica, há limite para na atividade negocial aceitá-las, assim, até 20 marcos, e se for moeda em *pfennings*, até 5 marcos.

Dentre nós, com a expressão “moeda corrente”, para a que tem curso legal no País, acabou-se adotando tanto as moedas como o papel de curso forçado.

Nosso legislador alterou bastante a legislação sobre a moeda corrente, tanto que, depois do texto inicial do art. 947 do Código de 1916, tivemos o Decreto n.

21.316, de 25-4-1932, que proibiu o curso das moedas estrangeiras, o Decreto n. 23.501, de 27-11-1933, que vedou a estipulação da cláusula ouro, seguindo-se inúmeras leis, que começaram por instituir o cruzeiro, em substituição ao mil-réis, até chegar ao atual real, pela Lei n. 9.069, de 29-6-1995, que o instituiu como moeda corrente.

O princípio que vigora com relação ao dinheiro é o do nominalismo, constante do dispositivo em análise, e assim expresso por Karl Larenz, à p. 178 de sua obra já citada:

"El que debe una determinada suma de dinero ha de proporcionar al acreedor *la posibilidad de disponer del valor patrimonial incorporal expresado a través del importe nominal de la obligación*".

Portanto, o valor consignado na moeda ou no papel-moeda é o que importa, é o que se admite.

Daí a importância da estabilidade da moeda, para a possibilidade de previsão nos negócios e na vida diária, porque em período inflacionário, particularmente o desenfreado, como tivemos no Brasil, e precedentemente na Alemanha, após a Primeira Grande Guerra, fica inviável falar em valor nominal, pela perda diária de tal valor.

Importa lembrar que na tramitação pelo Senado houve proposta de emenda supressiva, do senador Gabriel Hermes, dos dispositivos que originalmente tratavam das dívidas de dinheiro, arts. 315 a 317, bem como de supressão da cláusula final do art. 620, relativo à empreitada, no que dispunha sobre a atualização dos valores monetários, tudo por envolver a correção monetária. Os arts. 315 a 317 eram do seguinte teor:

"315. As dívidas em dinheiro devem ser pagas em moeda corrente e pelo seu valor nominal, no vencimento, a partir de quando sofrerão correção monetária.

316. Aplica-se a correção monetária nas dívidas em dinheiro e nas de valor, a partir do respectivo vencimento.

Parágrafo único. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas.

317. Quando, pela desvalorização da moeda ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, o juiz determinará a correção monetária, mediante aplicação dos índices oficiais, por cálculo do contador".

O senador Josaphat Marinho acabou por ofertar subemenda modificativa, que resultou no texto atual dos arts. 315, 316 e 317, com o que, além da expressão "correção monetária" ter sido suprimida, o *caput* do 316 também o foi por

inteiro, tornando-se o parágrafo único em artigo. Por fim houve substancial alteração no texto e conceito do art. 317.

Art. 316. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed., Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo.

Curso de obrigações: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Como referido na análise do artigo anterior, o texto do parágrafo único, na redação dada pela Câmara dos Deputados, que decorreu de subemenda ofertada pelo senador Josaphat Marinho, veio a se tornar o texto do presente artigo.

Essa disposição decorreu da proliferação de legislação extravagante no período inflacionário, quando, conforme o plano governamental, surgiam alterações nos índices de correção do valor nominal, proibições de utilização dos mesmos na atividade privada etc.

Em razão da verdadeira loucura de se falar em valor efetivo e valor nominal, a própria jurisprudência estabeleceu critérios distintivos entre dívida de valor e dívida de dinheiro, uma com atualização permanente, a outra engessada pela lei.

Permitindo aos particulares pactuarem livremente, este dispositivo busca deixar claro que é possível, e está no âmbito da autonomia privada, a previsão de aumento progressivo de prestações sucessivas nos contratos duradouros de prestações continuadas.

Importa salientar que no projeto original havia a vedação, com previsão de nulidade, por decisão da maioria, o que resultou em manifestação discordante do Professor Agostinho Alvim, como se vê da Exposição de Motivos do

Anteprojeto revisto encaminhado ao Ministro da Justiça, que assim se expressou:

"12. Assunto debatido foi o da possibilidade de cláusula de correção monetária nos contratos.

Em nosso Anteprojeto primitivo, art. 84/0, parágrafo único, 2ª alínea, consta essa possibilidade, nos seguintes termos: 'Não é defeso, porém, convencionar a revalorização da prestação a fazer, ou o aumento progressivo das prestações, com base em critérios adotados pelo Poder Público'.

Os que labutamos na profissão sabemos ser esse o uso consagrado nos contratos que se celebram, sempre que há prazo ou prestações sucessivas.

Assim, nas vendas de terrenos a prazo, nas locações de imóveis, onde raramente o aluguel é fixado sem aumentos progressivos, e em muitos outros casos.

Inúmeras leis reconhecem a necessidade da cláusula móvel, e o Governo a pratica, continuamente, em negócios que faz com o público: títulos, depósitos em caixas econômicas etc.

Os particulares, as mais das vezes, se pautam pelos critérios do Poder Público: tabelas que se publicam, ou aumento do salário mínimo.

Outras vezes, porém, excedem-se, e, usando de arbítrio, pactuam correções exageradas.

Por esses motivos, pareceu-nos espelhar a situação reinante, ao admitir a correção; e ao mesmo tempo frear os exageros limitando-a ao permitido pelo Poder Público.

Se o assunto, por sua natureza, deve ser tratado em lei especial, é outro problema.

Mas considerar nulas aquelas cláusulas, como consta do art. 310, 2ª alínea, do Anteprojeto de 1972 (atual 310) e é o que prevaleceu, não nos pareceu conveniente, o que dizemos sem quebra do acatamento devido ao que está deliberado.

(...)

Art. 310. Nulas são as cláusulas de revalorização da moeda, excetuados os casos previstos em lei, ou quando se tratar de dívida de valor" (Leyla Castello Branco Rangel (coord.), *Código Civil*: anteprojetos, Brasília: Senado Federal, 1995, v. 5, t. 2, p. 39 e 153).

Como se vê, no âmbito da Câmara dos Deputados, acabou prevalecendo a orientação do relator, resultando na redação dada ao art. 316 do Projeto 634-B, de 1975, publicado em 17-5-1984.

O dispositivo atual não impede, é lógico, que leis especiais possam, em matéria que seja reputada de relevância para a proteção de hipossuficientes, impor limitações, fixar periodicidade etc.

A própria legislação do Plano Real, que prevê estabilidade da moeda, não desconhece a perda do poder aquisitivo do dinheiro no seu nominalismo, permitindo fixações progressivas, mas em vários casos com limitação expressa dos períodos, como se vê da lei de locações prediais.

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

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMBLER, Everaldo. *Curso avançado de direito civil*: direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. KLANG, Marcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O anteprojeto dispunha, no art. 311, com relação à desvalorização da moeda, que, se ocorresse manifesta desproporção entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, o juiz o corrigisse, a pedido da parte, de modo a preservar a equivalência das prestações.

A proposta daquele dispositivo mereceu a seguinte explicação de Agostinho Alvim, na publicação do Instituto dos Advogados Brasileiros:

"Com relação ao pagamento em dinheiro foi mantida a proibição, ora em vigor, das convenções para pagar em ouro ou moeda estrangeira, ainda mesmo que por meios indiretos, como os que visam a revalorização da moeda, com desprezo do seu valor nominal.

Tal não impede, porém, que as partes convencionem a revalorização da prestação, o que é hoje corrente em toda parte.

E deve o juiz nos casos de mora ou inadimplemento absoluto agir por essa forma, se a parte interessada o requerer, e ainda mesmo sem mora nem inadimplemento (art. 85/0 de Anteprojeto).

Neste sentido expõe Massimo Bianca, Dell'inadempimento delle obbligazioni, Roma, 1967.

E cita acórdão da Cassação, onde se diz "...ove sia verificata una deminuzione del potere di acquisito della monete, il giudice deve tenere conto della svalutazione sopravenuta al fine di rendere effettiva la reintegrazione'.

E isso em comentário ao art. 1.223 do Código Civil italiano, que não é expresso a respeito, mas que corresponde ao art. 1.059 do nosso Código Civil" (*Anteprojeto do novo Código Civil*: obrigações, p. 26).

Como visto nos comentários aos artigos anteriores, a posição de Agostinho Alvim não foi acolhida pela Comissão, quanto ao art. 310 do anteprojeto, razão pela qual o projeto, nesse artigo, que impunha nulidade às cláusulas de revalorização da moeda, não continha qualquer referência à correção monetária para as obrigações em dinheiro.

Na Câmara ocorreu emenda que expressamente determinava a aplicação da correção monetária, a qual, com a superveniência de legislação especial, ficou regulada.

No Senado, houve emenda supressiva dos artigos, mas acabou prevalecendo a subemenda modificativa do senador Josaphat Marinho, que deu a redação atual.

Em razão do que se tem no art. 315, que alude aos artigos subseqüentes, muitos intérpretes têm entendido que o art. 317 é de aplicação restrita às obrigações em dinheiro.

Antes de tudo, é de observar que todos os comentadores têm referido que o presente artigo alude à comutatividade, ao equilíbrio contratual, ainda que sem expressa referência à onerosidade excessiva, que vem disciplinada no âmbito da resolução dos contratos, arts. 478 a 480.

Devido a essa distância de localização no corpo do Código, boa parte da doutrina brasileira, anterior à aprovação do Código, ignorou o dispositivo em exame como fundado no princípio da onerosidade excessiva, e se fixou somente nos dispositivos localizados no âmbito da resolução do contrato.

Na obra de Carlos Alberto Bittar, *Contornos atuais da teoria dos contratos*, tem-se dois trabalhos, um do próprio coordenador, mais de cunho histórico, outro do eminente magistrado e professor, Artur Marques da Silva Filho, inclusive com análise de obras atuais, mas, no tocante ao projeto, referindo-se exclusivamente às disposições relativas à onerosidade excessiva.

Arnaldo Rizzardo, em *Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito* (Rio de Janeiro: Forense, 1983), reporta-se também à teoria da imprevisão, no Código somente ligada à resolução pela onerosidade excessiva.

Othon Sidou (*A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*) também consigna a posição do então projeto, na parte da onerosidade, ainda que o entendendo mais abrangente, se bem que com o ônus do pedido explícito, quanto aos contratos unilaterais.

Diz Rogério Ferraz Donnini (*A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*) que o projeto já nasceria velho, por não prever senão a resolução contratual.

Marcio Klang aplaudiu a formulação do projeto, mas também só se referiu à disciplina no tocante à onerosidade excessiva (*A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*).

Em sua mais recente obra, *Direito civil*: alguns aspectos da sua evolução, Caio Mário, ao tratar, no Capítulo X — "Evolução do Contrato", da lesão subjetiva nos projetos, reporta-se ao seu projeto e ao que se converteu no atual Código Civil só quanto às disposições referentes à onerosidade excessiva no âmbito dos contratos.

Otavio Luiz Rodrigues Junior, em *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão, menciona expressamente o dispositivo do art. 317, como sendo, em verdade, o introdutor da teoria da imprevisão no sistema

do Código.

Observou, porém, com apoio na lição de Antônio Junqueira de Azevedo, que o Código dá prestígio à atividade judicial quando, em matéria contratual, a velocidade exige que se prestigie a arbitragem.

Como se vê, o dispositivo, que, às claras, adota a teoria da imprevisão e permite a intervenção judicial no reequilíbrio da obrigação, passou despercebido pela maioria da doutrina, pelo que merece ressalva Otavio Luiz Rodrigues Junior, por tê-la observado, mais os seguintes autores: Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos), se bem que duvidando de sua eficácia; Everaldo Cambler (*Curso avançado de direito civil*: direito das obrigações); e Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações).

Remanesce para muitos, como visto *supra*, que o dispositivo é restrito às obrigações em dinheiro. Tal colocação, a nosso ver, merece reparos.

A presente disposição, em primeiro lugar, não se restringe às questões contratuais, em que, pelo princípio da justiça contratual, o equilíbrio das prestações deve ser mantido, como decorrência da eqüitatividade, da igualdade. Por outro lado, por ter aplicação mais ampla (a toda e qualquer obrigação), não colide nem invalida as disposições expressas relativas à onerosidade excessiva, estipuladas para serem de aplicação estrita ao campo contratual.

Tem em comum, com a onerosidade excessiva, que não é vício anterior ao nascimento, como é a lesão, mas decorrente do diferimento entre o nascimento e o momento do cumprimento, e que, por isso mesmo, afeta o real sentido da obrigação, visto que quem acreditou e deu crédito ao devedor merece receber a prestação conforme seu real conteúdo, ou seja, o valor estipulado originalmente.

A possibilidade de utilização da arbitragem não nos parece que fica inibida pela alusão do artigo ao juiz, mesmo porque o novo Código não revogou as disposições que de forma inovadora alteraram a arbitragem e aludem a juízo arbitral.

Cabe, porém, observar que a previsão de incidência da própria Lei n. 9.307, de 23-9-1996, é para as questões contratuais. Logo, em se tratando de obrigações de natureza contratual, será de plena aplicação, ou por ter sido estipulada como forma, pelas partes, diante do impasse quanto ao real valor da prestação.

Por último, entendemos que o dispositivo não fica restrito ao plano das obrigações em dinheiro, ainda que sejam as mais numerosas, pois que a interpretação integradora enseja aplicação mais genérica do dispositivo.

O exame da história deste art. 317 demonstra que está incluído na seção

relativa ao objeto do pagamento e sua prova, sendo certo que pagamento é expressão técnica sinônima de adimplemento. Portanto, a satisfação do crédito, pelo devedor, mediante atividade sua, quer seja dando alguma coisa, quer fazendo, quer não fazendo.

A remissão feita pelo art. 315 implica que é absolutamente pertinente quanto ao presente artigo em exame, mas não implica a supressão das outras hipóteses de obrigação de dar, isto é, de dar coisas que não sejam dinheiro, como não suprime as obrigações de fazer ou não fazer.

Ademais, o texto advindo da subemenda não contém a restrição que existia no art. 311 do anteprojeto e do projeto:

"Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta...".

A referência expressa do artigo à *prestação devida* evidencia que não há restrição à de dar dinheiro, já que englobadora de qualquer das modalidades obrigacionais. Aliás, tal interpretação estará muito mais consentânea com o espírito da socialidade e da boa-fé do que a restritiva, e tais princípios são norteadores do novo Código.

Como argumento de reforço há que se lembrar que os arts. 319, 320 e 326 não podem ser entendidos como restritos às obrigações em dinheiro, sem falar que o artigo inicial da Seção, o 313, por sua generalidade, jamais poderia sofrer interpretação restritiva.

Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 947. O pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação.*

§ 1º É, porém, lícito às partes estipular que se efetue em certa e determinada espécie de moeda, nacional, ou estrangeira. (Revogado pela Lei n. 10.192, de 14-2-2001.)

§ 2º O devedor, no caso do parágrafo antecedente, pode, entretanto, optar entre o pagamento na espécie designada no título e o seu equivalente em moeda corrente no lugar da prestação, ao câmbio do dia do vencimento. Não havendo cotação nesse dia, prevalecerá o imediatamente anterior. (Revogado pela Lei n. 10.192, de 14-2-2001.)

§ 3º Quando o devedor incorrer em mora e o ágio tiver variado entre a data

do vencimento e a do pagamento, o credor pode optar por um deles, não se havendo estipulado câmbio fixo.

§ 4º Se a cotação variou no mesmo dia, tomar-se-á por base a média do mercado nessa data.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli:

Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo, em verdade, é desnecessário, quer em função do disposto no art. 315, pois evidente que aqui se está referindo a pagamento com meios que evitem a moeda corrente, quer em razão da referência às exceções pela legislação especial, que, na observação de Sílvio de Salvo Venosa, na obra retrocitada (p. 190), é abundante na legislação financeira.

É de observar que obrigações contratuais fixadas em moeda estrangeira, para pagamento no nosso país, têm de ser convertidas para a nacional no momento do pagamento, como decorre, ainda uma vez, do art. 315.

Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 939. O devedor, que paga, tem direito a quitação regular (art. 940), e pode reter o pagamento, enquanto lhe não for dada.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 787º.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel).

Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A.

Tratado de las obligaciones. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O devedor que paga a obrigação, que satisfaz o crédito, tem direito à quitação. É a prova da sua liberação, razão pela qual em todos os ordenamentos dá-se ensejo até mesmo à retenção do objeto da prestação, no caso de o credor não se prestar à imediata outorga.

Karl Larenz, quanto ao Direito alemão, de forma clara, refere-se ao condicionamento do pagamento à outorga da quitação:

"El deudor está obligado a cumplir la prestación sólo contra otorgamiento de un reconocimiento escrito de recepción, es decir, de un recibo y cuando cumple en debida forma tiene una pretensión judicialmente exigible al otorgamiento de aquel documento (§ 368), a no ser que los usos del tráfico o la buena fe lo excluyan, por ejemplo, a causa de la insignificancia del importe recibido. Incluso puede retener la prestación hasta que obtenga el recibo..." (*Derecho de obligaciones*, p. 416).

A quitação normalmente é dada por escrito, mediante recibo.

É verdade que o recibo, em si, é só um documento comprobatório, no qual o credor atesta que o devedor cumpriu a prestação; portanto pode não representar a declaração de que ocorreu o cumprimento da obrigação se tão-só referente a prestação, que pode ser uma de várias. A interpretação das circunstâncias, caso não haja suficiente clareza, é que permitirá a conclusão sobre se é quitação só de prestação, ou se da obrigação por inteiro.

A importância da quitação é tão grande que, como já se viu no art. 311, seu portador está autorizado a receber o pagamento.

Se a dívida estiver consubstanciada num título, a quitação deverá ser dada com a restituição dele, conforme o art. 324, *caput*.

Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 940. A quitação designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com assinatura do credor, ou do seu representante.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito*

privado: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O dispositivo é auto-explicável, evidenciando que se tiver forma escrita, deve conter elementos como o valor e a espécie da dívida, o nome do devedor, ou de quem por ele está efetuando o pagamento, e deve ser assinada pelo credor ou por quem, em seu nome, possa representá-lo.

O valor é extremamente importante porque pode ocorrer o pagamento parcial, e não integral, com o que a quitação vale até o valor especificado.

A dívida há que ser identificada, pois podem existir diversas relações negociais entre as partes, e há que se saber a qual delas se refere o pagamento que está sendo comprovado pelo credor.

A importância da identificação do devedor, ou de quem em seu nome está pagando, tem reflexo quanto a saber se a obrigação ficou extinta ou se só o credor foi satisfeito, remanescendo o devedor obrigado, bem como em que condições continua obrigado, isto é, se houve sub-rogação ou não, se, no caso de devedores solidários, deu-se o pagamento integral ou parcial para a responsabilização que remanesce etc.

Há que se lembrar que toda obrigação tem um lugar certo para ser cumprida, razão por que deve constar o local do pagamento, o que é objeto de tratamento específico nos arts. 327 e seguintes.

Há que constar também o momento do pagamento, para que não paire dúvida se ele foi oportuno ou não, se vão existir encargos da mora a serem imputados aos que remanescem devedores, ou não.

Por fim deve constar quem está outorgando a quitação, se o próprio devedor ou alguém diretamente autorizado por ele, como no caso dos mandatários,

prepostos etc., para se saber da possibilidade e forma de atuação do direito de perseguir o resultado desse pagamento, pois, se malfeito, evidentemente não haverá qualquer conseqüência para o credor, remanescendo o devedor nessa condição perante o credor.

O parágrafo único trata da hipótese de a quitação não conter todos os seus elementos, mas surtir efeitos.

Como se vê do parágrafo, mesmo na inexistência de alguns elementos que tipificam a quitação, poderá esta ter plena eficácia se as circunstâncias do pagamento evidenciarem que é quanto a toda a dívida.

Art. 321. Nos débitos, cuja quitação consista na devolução do título, perdido este, poderá o devedor exigir, retendo o pagamento, declaração do credor que inutilize o título desaparecido.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 942. Nos débitos, cuja quitação consista na devolução do título, perdido este, poderá o devedor exigir, retendo o pagamento, declaração do credor, que inutilize o título sumido.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch,

1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Como já referido, e previsto expressamente no art. 324, pode ocorrer que o título representativo da dívida, por algum evento imprevisto, ou mesmo contrário ao direito, deixe de ficar na posse do credor.

A quitação pela devolução do título configura hipótese em que se presume a legitimidade e legalidade da sua posse, porém não é uma presunção absoluta, apenas relativa, razão pela qual o presente dispositivo se refere à retenção do pagamento enquanto o credor não puder garantir o devedor de que o título não mais terá qualquer eficácia.

Assim, se o credor veio a perder o título, como uma nota promissória devidamente endossada em branco, ou seja, que confere ao portador o direito de receber o valor dela constante no vencimento, terá de promover a devida justificação que retire a eficácia do título, para que possa receber, o que, não ocorrendo, a justificação extintiva da eficácia ensejará a retenção legítima por parte do devedor, que não pode ficar exposto a eventual apresentação do título para cobrança.

A própria legislação processual prevê procedimento específico para reivindicar, ou anular, o título, na hipótese de perda dos títulos ao portador, como se vê do CPC, art. 907, I e II.

Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 943. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF.

Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: É evidente que se as prestações são sucessivas e a quitação for dada sem qualquer ressalva quanto às anteriores, que a presunção seja no sentido de que foram aquelas previamente quitadas, porque não é lógico que quem não tenha recebido as anteriores quite, pura e simplesmente, a posterior.

Ademais, a interpretação em favor do devedor atende a outra presunção, a de que o devedor é parte mais fraca e que merece maior proteção.

Jorge Giorgi lembra que o credor não é obrigado a receber a prestação atual se o devedor não pagou as anteriores, quer para a proteção de seu interesse em não deixar prescrever parcelas vencidas, quer para não deixar prevalecer uma presunção contrária aos seus interesses.

Tal presunção, à evidência, pode ser afastada mediante prova em contrário, ou seja, de que as anteriores prestações não foram pagas.

Art. 323. Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 944. Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 786º.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado,

1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. n. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Mais uma presunção estabelece a lei, e, como se vê, no presente caso, em favor do devedor.

Essa presunção excepciona a regra do art. 94, pela qual o principal (art. 92) não inclui o acessório (art. 93), sem que haja expressa referência a este, para que se considere integrante do principal.

Como o art. 94 prevê as exceções legais, com base nas circunstâncias do caso, ou na manifestação da vontade das partes, tem-se, aqui, exceção legal, decorrente, ainda uma vez, da presunção em favor da parte tida por mais fraca, o devedor.

No direito anterior chegou-se a discutir se era uma presunção *jure et de jure*, o que resultou afastado pela doutrina prevalente, como se pode ver de Clóvis, Orozimbo etc.

Art. 324. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.

Parágrafo único. Ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 945. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.*

§ 1º Ficará, porém, sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, dentro em 60 (sessenta) dias, o não-pagamento.

§ 2º Não se permite esta prova, quando se der a quitação por escritura pública.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação estrangeira.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado*

de las relaciones obligacionales. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell' estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. n. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Este artigo faz lembrar que a posse do título representa o crédito para o credor, ou seja, que o título é instrumento comprovador da dívida.

Particularmente quanto aos títulos de crédito (art. 893), tem-se que a transmissão implica a de todos os direitos a eles inerentes.

Por isso mesmo que, quando da quitação, o título é restituído ao devedor, porque nele estão consubstanciados todos os elementos da quitação, e, por ensejar o exercício do direito literal, com abstração da causa.

A presunção que aqui se estabelece, e que ainda uma vez é a favor do devedor, é de que a restituição do título se deu por livre e espontânea vontade, em razão do pagamento, ou, quando menos, da remissão da dívida (perdão da dívida).

Para desfazer a presunção, o credor tem um prazo para o exercício do seu direito. Vencido o prazo, deixa de existir a pretensão, para Pontes de Miranda (Tratado de direito privado, § 2917, p. 145), e o próprio direito, para Venosa

(Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 193).

Conforme o novo Código, na Parte Geral temos só as hipóteses de prescrição, ficando as de decadência para os livros especiais. Por essa regra a interpretação de Venosa está correta, visto que estamos no Livro das Obrigações, que é especial em face da Parte Geral. Ademais, a pretensão quanto ao crédito teve por termo inicial o da exigibilidade, ou seja, o do vencimento do título, que, por ser abstrato, implica o próprio direito.

Ademais disso há que se lembrar que aqui não se está referindo à hipótese de perda do título, o que é previsto no art. 321, mas à hipótese de entrega voluntária do título ao devedor, portanto, como referia Orozimbo Nonato, ato voluntário e consciente do credor.

Se tal comportamento se deu por boa-fé, sem que houvesse o pagamento, não há que se falar em termo inicial na entrega do título, mas só na negativa do pagamento, e, aí sim, poder-se-ia falar em nascimento da pretensão pela lesão ao direito do credor. Mas, como se vê do dispositivo, a hipótese não é essa.

Ao entregar o título, o credor dá quitação, e era seu direito não dá-la; portanto, ao transmitir o título, teve início, efetivamente, o prazo decadencial, pois se não exercido o direito de retratação quanto à quitação nos sessenta dias, a segurança jurídica não mais permitirá que venha a buscar a invalidação.

No confronto com o texto do art. 945 do Código de 1916, verifica-se a supressão do antigo § 2º, que, efetivamente, não se justificava, porque quitação dada por escritura pública não gera mera presunção *juris tantum*, mas uma presunção *jure et de jure*, como se vê do art. 215.

Art. 325. Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 946. Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e quitação. Se, porém, o credor mudar de domicílio ou morrer, deixando herdeiros em lugares diferentes, correrá por conta do credor a despesa acrescida.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil espanhol, art. 1.168.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo*

que no se debe. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. n. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid:

Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O presente artigo simplifica a redação do art. 946 do Código de 1916, ao prever que só será imputável ao credor aumento de despesas por ele causadas.

A regra básica é de que cabe ao devedor o custo das despesas com o pagamento e a quitação, por questão de lógica, pois são despesas feitas em seu proveito e em seu benefício.

É evidente que a referência é às despesas extrajudiciais, porque as judiciais serão sempre imputadas conforme a sucumbência (art. 20, do CPC).

Art. 326. Se o pagamento se houver de fazer por medida, ou peso, entender-se-á, no silêncio das partes, que aceitaram os do lugar da execução.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 949. Se o pagamento se houver de fazer por medida, ou peso, entender-se-á, no silêncio das partes, que aceitaram os do lugar da execução.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le*

obbligazione. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro.* Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil brasileiro interpretado. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. El pago al tercero. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Corresponde este dispositivo ao art. 938 do Código de 1916, com pequena divergência redacional.

Como se vê da história do dispositivo, sua origem é nacional, isto é, tem

origem no art. 1.061 do *Esboço* de Teixeira de Freitas:

"Art. 1.061. O lugar em que o pagamento deve ser feito determinará a espécie de moeda, e bem assim as medidas e pesos para verificação das quantidades; mas sem prejuízo do que se houver disposto nos atos jurídicos".

Não se encontra precedente nos Códigos clássicos.

Verifica-se que a disposição presume que se as partes fizeram referência aos padrões de medida ou peso, serão as locais, ou seja, do lugar da execução da obrigação.

O exemplo, para o caso, citado por Clóvis, referia-se ao alqueire, que, como medida de área, tinha dois padrões diferentes, o alqueire mineiro (48.400 metros quadradros), e o alqueire paulista (24.200 metros quadrados), e, segundo Carvalho Santos, alqueire também servia de medida de superfície ou de capacidade, chegando a equivaler a 48 litros, em alguns lugares, 50, em outros, e, ainda, 70, em outros.

Carvalho Santos mencionava também a variação que se dava quanto à arroba, que em alguns lugares equivalia a 15 quilos e em outros, só a 12.

Arnaldo Rizzardo lembra, ainda, das diferenças quanto às quadras de sesmaria, com variações do Rio Grande do Norte para o Maranhão e Piauí.

Ao tempo de origem do Código de 1916 as variações ainda eram muito grandes; hoje não se nota tanta variedade de padrões, mas, inequivocamente, muitos negócios imobiliários geraram registros sob as medidas supra-referidas, e, pelo interior afora, ainda se poderá ter tais referências, a justificar a reminiscência.

A referência no dispositivo é ao pagamento no sentido amplo, daí a possibilidade de variação do objeto da prestação conforme o tipo de obrigação assumida e a ser adimplida.

Seção IV
Do lugar do pagamento

Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor escolher entre eles.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 950. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário dispuserem as circunstâncias, a natureza da obrigação ou a lei.*

Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor entre eles a escolha.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, §§ 269 e 270; Código Civil francês, art. 1.247; Código Civil italiano, art. 1.182 ("luogo dell'adempimento"); Código Civil espanhol, art. 1.171; Código Civil chileno, arts. 1.587 e 1.588; Código Civil argentino, art. 747; Código Civil europeu, art. 7:101 (lugar do pagamento); Código Civil português, arts. 772º, 775º e 776º (para o art. 327, parágrafo único).

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones.* Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo,

GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Aqui voltamos a ter a influência marcante das distinções do Direito Romano.

Mas, antes de ir diretamente à interpretação do artigo, importa salientar que a relevância do lugar em matéria de obrigações é fundamental e que implica, também, a distinção clara entre lugar de nascimento da obrigação e lugar de cumprimento da obrigação.

Bem por isso já na Lei de Introdução ao Código Civil encontramos disposições relativas à legislação aplicável, para qualificação e regência (art. 9º, *caput*), lugar do nascimento (§ 2º do art. 9º), lugar da execução (§ 1º do art. 9º).

A doutrina também faz essa distinção, sendo que Dieter Medicus (*Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 82-84) usa das seguintes classificações: lugar da prestação e lugar do cumprimento, em função de disposições da BGB e da AGB.

Como, no nosso sistema, o nascimento da obrigação leva à questão do direito a ser aplicado, não há maior relevância quando se está diante de disposições que se voltam só para o lugar de execução da prestação, e, portanto, que na

denominação de Medicus seria o do adimplemento. O autor vem a fazer tal referência após ficar estudando mais as características das obrigações *portáveis e quesíveis*: *portables et querables*, em francês; *debiti cercabili e portabili*, em italiano; *Holdschuld e Brigschuld*, em alemão. Lembrando que *quesíveis* são as que o credor tem de receber no domicílio do devedor, como dispõe a regra geral do nosso Código, e *portáveis* as que o devedor deve pagar no domicílio do credor.

O lugar é extremamente importante para a questão do pagamento, porque fixa onde o devedor deve cumprir e se libertar, e onde o credor deve exigir o cumprimento.

Isso não significa, porém, que seja o lugar em que se irão dirimir as questões relativas à obrigação, o denominado foro competente.

A maior parte dos demais Códigos refere-se ao lugar do pagamento como o designado pelas partes.

A regra geral do nosso dispositivo é a de que o pagamento se fará no domicílio do devedor quanto às obrigações decorrentes de bens móveis, ou a eles relativas (art. 94 do CPC).

A razão de ser dessa regra é a de que a satisfação do crédito é um encargo do devedor, que deve ser onerado o menos possível, para dar boa execução a sua obrigação.

Só deixará de ser o domicílio do devedor se houver exceção expressa. Importa salientar que, ao ver de Orozimbo Nonato, a interpretação seria outra, ou seja, de que a regra é a da livre convenção das partes, o que, inexistindo, levaria à vontade presumida das partes quanto ao domicílio do devedor. Tal posição tem apoio em diversos autores, nacionais e estrangeiros.

Data venia, tal interpretação não confere com o disposto no novo Código, uma vez que não se dá prevalência ao caráter individualista, à teoria da vontade, mas, sim, ao respeito devido à autonomia privada, que tem de ser exercida dentro dos parâmetros da socialidade, limites fixados pelo Direito.

Logo, a interpretação dada ao art. 950 do Código de 1916, por Carvalho Santos, apresentava-se como mais lógica, diante da formulação legal, ressalvando a hipótese da fixação pelas partes, porque não se está diante de norma impositiva.

As hipóteses especificadas como excludentes da regra geral começam pela convenção das partes. O exercício da autonomia privada está de pleno acordo com o disposto no art. 78 deste Código, não como regra geral.

Na hipótese do silêncio das partes é que se irá buscar na lei a fixação do lugar,

ou, ainda, na natureza da obrigação, ou das circunstâncias.

Veja-se que muitas obrigações contratuais, que exigem um fazer de uma parte, terão como contraprestação o pagamento em pecúnia. É lógico que tal pagamento deve ser feito no lugar em que o prestador da obrigação cumpriu, ou, ainda, em seu domicílio, e não no do devedor.

Quem faz essa observação e elenca diversas hipóteses é Arnoldo Wald, em seu *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos, p. 56-57.

O parágrafo único evidencia o direito do credor de escolher entre os lugares dados como possíveis para o pagamento, pois o devedor podia ter escolhido, e, deixando pender a alternativa, até a lei entende que a escolha deve favorecer, então, ao credor.

Descabe ficar referindo a hipótese prevista no Direito romano quanto à previsão cumulativa, que não se confunde com a alternativa, como constante do nosso Código, desde 1916. Tal consignação se faz diante da reiteração da referência na doutrina, o que, a nosso ver, só serve para complicar o entendimento, visto que se trata de hipótese não admitida no nosso sistema.

Art. 328. Se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 951. Se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde este se acha.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 749.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile:* l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le*

obbligazione. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro.* Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Este artigo teve a redação mantida, basicamente, com relação ao previsto no Código de 1916, já que a alteração, para maior precisão,

que se pretendeu dar foi só na parte final. A alteração atendeu à crítica que Washington de Barros Monteiro fazia, e que Sílvio de Salvo Venosa acompanhava, porque o texto antigo, observaram os autores, permitia pensar que o imóvel podia movimentar-se.

O que era objeto de crítica doutrinária de maneira mais dura era a parte que tratava das obrigações relativas a contratos que envolvessem imóveis: "ou em prestações relativas a imóvel...".

Clóvis criticou a introdução desse acréscimo ao que fora proposto por ele no projeto, e que tomara por base no art. 1.058 do *Esboço* de Teixeira de Freitas, que era do seguinte teor:

"Art. 1.058. Se o pagamento consistir na tradição ou restituição de imóveis, presumir-se-á que deve ser feito no lugar da situação de cada um dos imóveis".

O acréscimo que foi introduzido por parte da Comissão do Governo decorreu da influência de Lacerda de Almeida, que, todavia, em obra doutrinária, havia posto melhor a questão, referindo a certas prestações relativas a serviços em imóveis, ou locação de imóveis, ou, ainda, de tradição de servidão. Mesmo assim, Clóvis criticava a posição, por entender que não decorre do contrato relativo a imóvel que o pagamento de renda dele auferida tenha de ser feito no mesmo local, pois o que normalmente se dá nas locações é que os aluguéis sejam pagos em lugar diferente, mais comumente no domicílio do credor, ou em lugar por ele determinado.

De resto a crítica que era geral quanto ao artigo manteve-se nas obras recentes, como nas de Arnaldo Rizzardo, Maria Helena Diniz e Sílvio de Salvo Venosa.

Em primeiro lugar, e de forma unânime, todos mostram que é evidente que o imóvel só é transmitido com o registro imobiliário, como decorre do art. 1.227, razão pela qual o artigo nesta parte é supérfluo.

A pertinência da regra é quanto às prestações relativas a serviços no imóvel.

Quanto às prestações de negócios produtores de renda do imóvel, a regra não pode ser entendida como imperativa, pois é facultado às partes fixar local outro para o cumprimento, como, aliás, de regra se faz.

Houve confusão entre o foro para dirimir os litígios, em que a regra é o *foro rei sitae*, com o do cumprimento das obrigações.

A regra vale, pois, na falta de disposição expressa das partes.

Art. 329. Ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no

lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro.* Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli:

Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Este artigo não tem precedente no Código de 1916, mas já havia sido objeto de previsão no Anteprojeto de 1942, sob o n. 274.

O fundamento de tal disposição, na qual a dívida que era portável torna-se quesível, está no peso do motivo para que o devedor não fique em mora, e, portanto, tenha sua situação agravada.

Um precedente, citado por Orozimbo Nonato, para justificar sua proposta de inclusão do dispositivo referido (art. 274 do Anteprojeto de 1942) é o art. 431 do Código Comercial, que, na interpretação de Bento de Faria, em caso de tornar-se inacessível o lugar de pagamento designado, pode o devedor efetuá-lo onde se encontre.

Outra hipótese citada na doutrina é a de mudança do domicílio do credor, sem conhecimento do devedor, hipótese que Jorge Giorgi reputa não poder vir a agravar a situação do devedor, com os riscos e encargos decorrentes da mudança. Observe-se que, enquanto não efetuado o pagamento, remanescem, para o devedor, os riscos pela coisa objeto da prestação, ensejando, portanto, o pagamento no domicílio do próprio devedor.

O agravamento da situação do devedor há que ser sério, como diz o artigo: motivo grave, para ensejar a mudança do lugar, e que não haja prejuízo para o credor.

Não é mera questão de conveniência para o devedor, portanto.

Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem equivalentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro.* Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962. v. II; *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione*

nelle obbligazioni. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo consagra uma lição da Teoria Geral do Direito, mais particularmente de Hans Kelsen, ou seja, a de que toda norma tem de ter um mínimo de eficácia para se manter válida.

Ora, o que se tem no artigo é que, mesmo que validamente se haja disposto que o lugar do pagamento seja um, se reiteradamente o pagamento for efetuado em outro local, estará comprovado que a disposição posta pela autonomia privada não produziu efeitos, logo, o que se tem é que o cumprimento reiterado, isto é, um comportamento eficaz, alcança a validade, revogando a norma anterior.

Tem-se o que Kelsen, já na sua *Teoria pura do direito* (2. ed., trad. port., Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962, v. II, p. 38-46), referia quanto à validade e eficácia:

"Nesta limitação revela-se a conexão, já repetidas vezes acentuada antes e sumamente importante para uma teoria do Direito positivo, entre validade e eficácia do Direito. (...) É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. (...) o acto com o qual é posta uma norma jurídica positiva é — tal como a eficácia da norma jurídica — um facto da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio termo correcto.

Um dos extremos é representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que validade do Direito é completamente independente de sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito se identifica com a sua eficácia. A primeira solução do problema tende para uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista. A primeira é falsa, pois, por um lado, não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz; por outro lado, é também falsa na medida em que existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um acto-de-ser (da ordem do ser)...".

De maneira mais precisa, na obra posterior, já escrita nos Estados Unidos, *Teoria geral do direito e do Estado,* trad. bras., p. 174-175, fala sobre a "Dessuetude":

"...Se a norma continuar permanentemente ineficaz, ela é privada de sua validade por 'dessuetude'. 'Dessuetude' é o efeito jurídico negativo do costume. Uma norma pode ser anulada pelo costume, ou seja, por um costume contrário à norma, assim como pode ser criada pelo costume. A 'dessuetude' anula uma norma criando outra norma, idêntica em caráter ao estatuto cuja única função é revogar um estatuto previamente válido. A questão muito discutida de se saber se um estatuto também pode ou não ser invalidado por 'dessuetude' é, em última análise, a questão de se saber se o costume como origem de Direito pode ser eliminado de uma ordem jurídica por meio de estatuto. Por motivos que serão fornecidos mais tarde, a questão deve ser respondida de modo negativo. Deve-se admitir que qualquer norma jurídica, mesmo uma norma estatutária, pode perder sua validade por 'dessuetude'.

Contudo, mesmo nesse caso, seria um erro identificar a validade e a eficácia da norma; elas ainda são dois fenômenos diversos. A norma anulada por 'dessuetude' foi válida durante um espaço de tempo considerável sem ser eficaz. É apenas uma carência continuada de eficácia que põe fim à validade".

Esta colocação kelseniana, de prestígio mundial, vem sofrendo críticas pela doutrina de Teoria Geral do Direito atual. Gregorio Robles Morchon, em *Teoría del derecho* (*fundamentos de teoría comunicacional del derecho*), v. I, Madrid: Ed. Civitas, 1998, faz a seguinte observação:

"Si se acepta la tesis de la eficacia como condición de validez, desarrollada en la segunda edición, entonces no se podrá saber si una norma es válida hasta que sea eficaz. Supongamos que hoy entre en vigor una ley. Como no sabemos si la

ley será eficaz, no podremos pronunciarnos sobre su validez. Habrá que esperar a ver qué pasa...

A esta dificultad pragmática se une otra, no menos pronunciada, de carácter lógico. Si se afirma que la existencia de A es condición de la existencia de B, parece fuera de duda que A tiene que existir *antes* para que B pueda existir. Si la eficacia es condición de validez, es lógico pensar que aquélla tiene que preexistir a ésta. Lo cual es un contrasentido con el propio ser de las normas, que el mismo Kelsen admite. En efecto, la norma es válida si há sido creada de acuerdo con la norma superior. Es válida desde el momento de su creación, antes de que pueda ser eficaz. La eficacia constituye una característica que sólo puede producirse posteriormente a la existencia de la norma válida. Ahora bien, si ha de existir *posteriormente*, ¿cómo puede ser su condición?" (p. 302-303).

O que propõe o autor é que a ineficácia reiterada de norma originalmente válida é que produz a invalidade. Assim, a violação permanente acaba por produzir a partir desse momento uma nova norma no sistema.

Qualquer que seja a orientação doutrinária que se siga, tem-se que o artigo buscou transformar o ensinamento em norma.

Pode-se dizer que o dipositivo, embora se refira especificamente ao local do pagamento, traz conteúdo aplicável a todo o Direito.

Seção V
Do tempo do pagamento

Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigi-lo imediatamente.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 952. Salvo disposição especial deste Código e não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigi-lo imediatamente.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 271; Código Civil italiano, art. 1.183; Código Civil argentino, art. 750; Código Civil europeu, art. 7:102; Código Civil português, art. 777º.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da*

inexecução das obrigações e suas conseqüências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação*

como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: Aqui já estamos no âmbito do tempo do pagamento. O dispositivo deixa claro que, se não for estabelecido pelas partes o termo, haver-se-á de entender que o credor pode exigir o imediato cumprimento da obrigação.

Tem-se aqui uma demonstração prática de que cabe à autonomia privada a fixação do termo inicial.

Na ausência do exercício do poder de fixação de tal elemento, não pode ter vida uma relação jurídica, porque a finalidade do negócio jurídico, como a da relação, é a produção de efeitos práticos na vida em sociedade. Assim, se não houver operacionalidade possível, por inexistência do momento inicial da produção de efeitos, não poderá o Direito deixar sem operacionalidade a obrigação, razão pela qual a norma defere ao credor a exigibilidade no momento que lhe aprouver.

Clóvis observava, em face do art. 952 do Código de 1916, que essa norma tinha de ser conjugada com o art. 127 do mesmo Código, que equivale ao art. 134 do atual. Exemplificava com a obrigação de entregar coisa que se encontra em lugar diverso do em que está presente, ou é domiciliado, o devedor, ou, ainda, quando a obrigação é de entregar coisa futura.

É de observar que, nos termos do Código Comercial, pelo seu art. 137, o devedor teria o prazo de dez dias para o cumprimento da obrigação, se não havia termo certo.

Daí a anotação de Agostinho Alvim, em seu clássico *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 130:

“O art. 952 do Código permite, é verdade, que, não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor possa exigi-lo imediatamente.

Este dispositivo não seguiu a orientação do direito anterior (ver Ord.; Liv. 4º, Fit. 50, § 1º, e ainda art. 137 do Cód. Com.).

Mas, ainda como está, não pode ser entendido ao pé da letra, pois deve ser combinado com o art. 127.

Acresce que a doutrina do Código é a do Código Federal suíço (art. 75) e a do

alemão (§ 271, primeira parte); e o primeiro deles manda atender à natureza da obrigação; o segundo, às circunstâncias.

Nota-se, ainda, a prudência do Código Civil nos arts. 300 e 301".

Há, também, a observação de Pontes de Miranda, coincidente com a de Orozimbo Nonato, de que se deve distinguir o momento da exigibilidade com o do início da mora, que depende da interpelação, o que decorria do art. 960, e que se mantém no sistema por força do art. 397, atual.

Parece-nos que essa interpretação, dos mestres Agostinho Alvim, Pontes de Miranda e Orozimbo Nonato, é a mais consentânea com a eqüitatividade que se deve manter no conflito dos interesses do credor com os do devedor.

Como houve referência aos artigos do Código de 1916, há que se lembrar que o 960 equivale ao 397, o 127 ao 134, os arts. 300 e 301 deixaram de existir no Código atual, por referentes ao dote, figura agora excluída.

Art. 332. As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 953. As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, incumbida ao credor a prova de que deste houve ciência o devedor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e

Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo é conseqüência do que consta dos arts. 121 a 129, relativos à condição, mais particularmente dos arts. 125, 127 e 128.

À evidência, o conhecimento da ocorrência da condição é fundamental para a

produção de efeitos, quer dando início, quer extinguindo, que incumbem ao devedor.

O ônus da prova da ciência fica a cargo do credor.

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 954. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:*

I - se, executado o devedor, se abrir concurso creditório;

II - se os bens, hipotecados, empenhados, ou dados em anticrese, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se tornarem insuficientes as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva (arts. 904 a 915), não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, arts. 753 e 754; Código Civil português, art. 780º.

BIBLIOGRAFIA: ALSINA, Jorge Bustamante. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s. d. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Cours de droit civil comparé des obligations*. Milano: Giuffrè, 1964; *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Obrigações de pagamento em dinheiro.* Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1971. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozioni introduttice e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2000. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. PUGA, Eduardo Alvarez. *De la extinción de las obligaciones*: el pago. Barcelona: Nereo Ed., s. d. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SCHLESSINGER, Piero. *El pago al tercero*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1971. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2.

COMENTÁRIOS: A regra geral, já se sabe (art. 133), é a de que os prazos presumem-se em favor do devedor, por isso mesmo que o dispositivo em exame é uma clara exceção, ao permitir ao credor cobrar a dívida antes de vencido o prazo ou ocorrido o termo.

Assim, a regra geral é a de que só o devedor tem o direito de pagar antes de vencido o prazo, o que, porém, é entendido como mera presunção, no silêncio do contrato, e quando as circunstâncias não contrariarem tal presunção.

Aqui, contudo, não se está diante de hipótese dependente da vontade das partes, e sim de previsões legais tipificadoras das hipóteses de incidência normativa.

Mas, também, nada impede que as partes possam prever, no uso de sua autonomia, outras hipóteses de antecipação do vencimento.

O fundamento que dá base às hipóteses legais é o de que o devedor deixou de merecer o crédito, a confiança, e, portanto, o prazo concedido pelo credor.

As hipóteses de falência e de concurso de credores (inciso I) são espécies de execução especial, em que pese a colocação de Pontes de Miranda como de ação de prestação futura.

Inexistindo solvabilidade, o devedor tem todo o seu patrimônio arrecadado para satisfazer, proporcionalmente, aos credores, que têm de constituir um quadro.

A insuficiência patrimonial sendo clara implica um procedimento especial, o que justifica que se considerem como vencidas as dívidas do falido ou do insolvente.

Já a hipótese do inciso II tem conexão com as disposições concernentes aos direitos reais em garantia (art. 1.425). É que, se evidenciada lesão à garantia, que é relativa a dívida preferencial em face das meramente quirografárias, tem-se de procurar a preservação de tal garantia. Assim, a previsão deste inciso é de caráter muito mais restrito do que a do inciso anterior, razão pela qual há que se entender que, se ocorrida a hipótese do inciso I, a do inciso II, logicamente, estará nele contida.

Portanto, uma simples execução, com penhora incidente sobre outros bens do executado, em nada leva à tipificação do inciso II, que requer uma afetação à própria garantia real.

Quanto ao inciso III, temos duas hipóteses nele contidas. A primeira, de cessação das garantias, o que se dá pela morte do garantidor fidejussório, como o fiador, ou pela destruição do bem, que é a garantia real, por exemplo, a destruição total do imóvel, no caso de uma explosão, de um terremoto, ou

catástrofe outra que provoque tamanha desgraça. A segunda hipótese é de as garantias se terem tornado insuficientes, como pode ocorrer com a insolvência do fiador, ou um dano ao bem objeto da garantia, afetando seu valor.

A ambas as hipóteses há que se acrescer a negativa do devedor em prestar garantias que assegurem o credor, tal qual estava garantido originalmente.

O parágrafo único traz a ressalva, de todo pertinente, de que a antecipação aqui admitida só afeta ao devedor cujo comportamento tipifique a hipótese, em nada ficando afetado o co-devedor solidário, ou os co-devedores solidários. A ressalva a *solventes* é desnecessária, porque se forem insolventes estarão tipificando individualmente a hipótese, não por serem solidários.

CAPÍTULO II
DO PAGAMENTO EM CONSIGNAÇÃO

Cabe uma observação preliminar ao exame dos dispositivos, a qual, na verdade, é observação mais do Professor Agostinho Alvim do que do presente comentador, porque feita por ele como exposição de motivos do Livro das Obrigações no Anteprojeto.

Disse o professor, na exposição feita no Instituto dos Advogados Brasileiros:

“24) O pagamento por consignação envolve matéria de direito material e de processo.

Regras existem, porém, que apresentam uma certa indecisão, sendo necessário encarar o caso pela prevalência do caráter material, ou formal.

Foi o que procuramos fazer; por isso mesmo excluiu-se do Anteprojeto a matéria contida no art. 975 do Código Civil. Os demais textos envolvem direito material, ainda que, à primeira vista, possa parecer o contrário”.

Impunha-se essa nota introdutória porque, certamente, os mestres da área processual irão estabelecer polêmica, e pretenderão, em breve, fazer mais uma reforma, na tática da guerrilha de reformas das reformas.

Uma observação: se a guerrilha vem dando resultado prático no sentido de que as reformas vêm sendo feitas amiúde, a guerra vem sendo perdida, na medida em que os processos nunca tiveram tão longa tramitação e tão pouca decisão de mérito.

Art. 334. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 972. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação o depósito judicial da coisa devida, nos casos e formas legais.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 372 (abre um capítulo específico para a consignação — *Hinterlegung* —, mas em sua maior parte a consignação é tratada na parte relativa aos contratos de depósito entre o devedor e o depositário, por meio do qual este se obriga a entregar ao credor o objeto depositado); Código Civil suíço, art. 91 (abre uma seção específica para tratar da chamada "Mora do credor", em seus arts. 91 a 96); Código Civil francês, art. 1.257 (Dos oferecimentos de pagamento e da consignação); Código Civil italiano, art. 1.206 (não destaca de forma específica a consignação como extinção das obrigações, mas abre caminho para a consignação em alguns contratos nominados — contrato de compra e venda, "consegna della cosa", art. 1.477 —, contrato de depósito, tratando nos arts. 1.766 e seguintes das obrigações do depositário; todavia, abre uma seção para a chamada "mora do credor". No caso do art. 1.206, prevê a constituição do credor em mora sempre que ele, sem motivo, não receba o pagamento ofertado ou não realize ato necessário para que o devedor possa cumprir a obrigação. O Código italiano também autoriza o depósito extrajudicial nas chamadas "cassa dei depositi e prestiti" ou nos chamados "istituto d'imissione" — Banca d'Italia e outras empresas autorizadas; Código Civil chileno, arts. 1.598 e 1.601 (*Del pago por consignación* — possibilidade da consignação em conta bancária do Tribunal competente); Código Civil português, art. 841º (consignação em depósito); Código Civil argentino, art. 756; Código Civil mexicano, art. 2.098; Código Civil de Quebec, art. 1.583 (*Des offres reelles et la consignation*); Código Civil russo, art. 327.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991.

COSSIO, Carlos. *La teoría egologica del derecho y el concepto jurídico de libertad.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MACHADO NETO. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: [s.l.], 1966. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi.* Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Consignar provém do latim: *cum* + *signare* = *consignare*, tendo sido conhecido também por *depósito*. Sua origem está ligada à *obtatio*, que significava a oferta real da coisa devida ao credor, no local designado para o pagamento, na presença de testemunhas, tudo condicionado a

que a coisa oferecida fosse móvel, tivesse sido apresentada ao credor; e que, no caso de capital, não se retringisse a ele, portanto incluindo os juros, desde que o credor fosse capaz de receber.

Outra figura similar foi a da *obsignatio*, que vem de *obsignare = pôr selo em*, que se dava quando ausente o credor, ou por ele recusada a coisa, ou a importância devida era depositada em um templo, ou local designado, depois fechada e selada.

Aqui temos uma forma de extinção da obrigação liberatória do devedor, sem que a quitação seja dada diretamente por ele, por isso mesmo chegou a ser considerada como um modo indireto de pagamento.

Essa visão não é a única que se tem da consignação, pois muitos só a referem, com base em disposições legais de seus países, à mora do credor.

É o que se vê de informação histórica tanto no *Repertório Enciclopédico do Direito* de Carvalho Santos como na *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

Karl Larenz refere-se à consignação como uma faculdade concedida ao devedor nas hipóteses em que há motivos pessoais do credor, como sua mora, ou no caso de insegurança sobre a pessoa do credor não decorrente de atuação negligente (*Derecho de obligaciones*, v. 1, p. 420).

Bianca fala em direito do devedor à liberação do débito quando da mora do credor, pois é liberação exercida coativamente em face deste. Não se está diante de um direito de crédito do devedor em relação ao credor, mas, sim, de um direito potestativo judicial, perante o qual o credor tem uma posição de sujeição.

Nessa forma de obter a liberação, o devedor efetua a prestação a terceiro, depositário ou seqüestratário, como um ônus, não reconduzível ao adimplemento da obrigação. O terceiro recebe o bem em depósito, ou seqüestro, não o direito do credor moroso. Sua legitimação decorre da lei ou do Juízo, porque a prestação executada só valerá como extintiva da relação na hipótese de existir o direito do devedor.

Assim, o devedor, no exercício da liberação coativa, cumpre a obrigação perante um substituto legal do credor.

Pontes de Miranda, no v. 24 do seu *Tratado de direito privado*, § 2.904, põe a pergunta: “Existe direito à liberação, ou o poder liberar-se só está no mundo fático?” Sua conclusão difere, em parte, das anteriores, ainda que esteja próxima da de Larenz, pois diz: “...A faculdade de liberar-se, que tem o devedor, cumprindo o que lhe incumbe, não é direito, é conteúdo de dever. O ato-fato jurídico de solver é que adimple e, pois, libera...” (p. 82-83).

Cabe, desde logo, fazer observações decorrentes de posições que, por serem

isoladas, merecem ser conhecidas e ponderadas. Assim é que Pontes de Miranda, na obra citada, § 2.932, p. 191, diz que a consignação é possível sempre que houver dívida, e que dívida não é exclusividade de obrigação:

"A dificuldade, em que se acha o devedor, de adimplir a dívida (e não se diga obrigação, porque também se pode consignar a coisa devida, em caso de dívida sem obrigação), é que dá possibilidade à consignação. Trata-se, portanto, de expediente de *facilitação do adimplemento*.

No art. 972 diz o Código Civil: 'Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial da coisa devida, nos casos e formas legais'. Não é pagamento; tem-se como pagamento. Daí falar-se de sub-rogado do adimplemento. Para o devedor, o que importa é a *liberação*. A isso provê o depósito em consignação".

Essa posição é contrária à de Bianca, que, como se viu, afirma ser adimplemento da obrigação a substituto legal do credor, e também à posição de Larenz, como da doutrina em geral.

Outro aspecto que deve ficar bem claro é o referido por Larenz, de que o credor só ficará satisfeito quando reclamar a coisa consignada, visto que até então tivemos a liberação do devedor por ato judicial, mas não a satisfação do credor.

Por outro lado, Carvalho Santos entende que não cabe consignação nas obrigações de fazer e de não fazer, porque, em verdade, serão ofertas ao credor, para constituí-lo em mora, e só depois, com autorização do juiz, é que o devedor terá o direito de executar a prestação, e, na de não fazer, a intervenção judicial.

Quanto a esta colocação há que se lembrar, ainda uma vez, posição de García Maynez, citada por Machado Neto em *Teoria geral do direito*, p. 102, por nós já referida, e que é prestigiada por Carlos Cossio, em *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, p. 696:

"...Para colmar esta laguna nosotros proponemos la expresión *facultad de inordinación*, porque es precisamente eso: ponerse en conformidad con el ordenamiento jurídico o inordinarse en él, el derecho que ejercita quien cumple lo debido".

Logo, em qualquer delas caberá a consignação, como forma de liberação do devedor, uma vez que a isso é que se destina a consignação.

Art. 335. A consignação tem lugar:

I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o

pagamento, ou dar quitação na devida forma;

II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;

III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;

IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;

V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 973. A consignação tem lugar:*

I - se o credor, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;

II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condições devidas;

III - se o credor for desconhecido, estiver declarado ausente, ou residir em lugar incerto, ou de acesso perigoso ou difícil;

IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;

V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento;

VI - se houver concurso de preferência aberto contra o credor, ou se este for incapaz de receber o pagamento.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 91; Código Civil francês, art. 1.259; Código Civil português, art. 841º; Código Civil argentino, art. 757; Código Civil mexicano, arts. 2.098 e 2.099; Código Civil de Quebec, art. 1.573; Código Civil italiano, art. 1.206; Código Civil russo, art. 327, 1 (casos de consignação: inércia do credor, não sabe quem é o credor, recusa).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco

Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi.* Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Rio de Janeiro: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo especifica as hipóteses em que é admitida a consignação em pagamento, que são desdobramentos do que vimos nos autores no comentário do artigo anterior.

Pelo elenco, a doutrina divide as hipóteses em dois grupos: a de mora do credor (incisos I e II) e a da faculdade do devedor "de se desonerar da obrigação

sempre que, querendo cumprir, o não possa fazer por uma circunstância inerente, não à sua pessoa, mas à pessoa do credor", como diz Antunes Varela, em seu *Direito das obrigações*, p. 185.

Há uma simplificação das hipóteses, com a eliminação do antigo inciso VI do art. 973 do Código de 1916, sendo certo que o elenco para a doutrina contemporânea é exemplificativo, como se vê de Arnaldo Rizzardo, enquanto era taxativo para a doutrina clássica, como anotava Carvalho Santos.

A primeira hipótese é de mora do credor, decorrente de impossibilidade subjetiva sua, ou de recusa do recebimento, ou da outorga da quitação, infundadamente, isto é, sem justa causa.

Portanto, são situações diferentes que compõem o inciso.

A impossibilidade subjetiva do credor tal qual prevista não deixa de ser uma recusa oposta por ele ao recebimento da prestação.

As construções de hipóteses pela doutrina lembram o credor incapaz que não tem representante; a perda do título representativo da dívida e o credor não se prestar a fazer a ressalva (art. 321).

Já as hipóteses de recusa serão as que forem alegadas pelo credor.

Quanto ao inciso II, a previsão tem que ver com um tipo de dívida (art. 327), visto que o credor, aqui, é quem tem de apresentar o título, fazer a cobrança.

A previsão do inciso III enseja esclarecimentos. A incapacidade do credor nele referida não se restringe à pessoal, sua, mas, também, à inexistência de representante, portanto, de quem possa ser identificado como credor. A referência ao ausente é aos que tipificam as hipóteses dos arts. 22 e 23.

A questão da residência em lugar incerto não pode ser objeto de simples alegação, mas conseqüência da infrutífera diligência. Já o lugar de acesso perigoso e difícil deve ser entendido como o que torne impossível o cumprimento da prestação.

O inciso IV se refere à dúvida, que deve ser fundada, ou seja, não será qualquer dúvida envolvendo o credor que irá dar ensejo à consignação. A dúvida há que ser quanto à titularidade do crédito, para que se tenha por nascido o direito de consignar.

Como se diz, a dúvida há que ser objetiva e justificada.

O inciso V evidentemente se refere a litígio sobre a legitimidade do credor quanto ao objeto da prestação, portanto entre o credor e terceiro que pretende ser titular do crédito.

É inadmissível pensar em litígio entre o devedor e o credor como ensejador de

consignação, a menos que ocorra expressa previsão legal, como se tem na hipótese do art. 504.

Art. 336. Para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorram, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 974. Para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorram, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.212; Código Civil argentino, art. 758; Código Civil de Quebec, art. 1.586.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*.

Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este dispositivo parece conflitar com o que já se viu sobre a consignação, mas, em verdade, decorre das diferentes situações que podem levar ao exercício da pretensão.

Assim é que nas hipóteses em que o credor prolonga arbitrariamente a relação, impedindo que o devedor se liberte, como previsto nos incisos I e II do artigo anterior, tem-se que houve oferta real da prestação, enquanto nos demais incisos vamos ter as hipóteses de oferta por intimação, portanto formal, após o que ter-se-á a caracterização da inércia injustificada do credor.

A verificação dos pressupostos começa pelo subjetivo, ou seja, se quem exerce a pretensão consignativa tem legitimidade, e se quem é dado como credor em mora é, também, legitimado passivamente.

Em primeiro lugar deve-se verificar que não só o devedor originário da obrigação tem o direito de efetuar o pagamento, pois, como dispõe o art. 304, também o terceiro interessado pode *usar* "dos meios conducentes à exoneração do devedor".

Mas o parágrafo único do art. 304 confere legitimidade também ao terceiro não interessado, como o mandatário, ou o gestor, porque o faz em nome e à conta do devedor.

Vale aqui o velho adágio: "Quem dá os fins dá os meios".

Já no aspecto passivo, isto é, a quem se deve pagar, a indicação está prevista no art. 308, com as ressalvas dos arts. 309 a 312.

Quanto ao objeto, valem as regras dos arts. 313 a 326; logo, a oferta deve ser completa e perfeita, integral; como diz Jorge Giorgi, sem ressalvas ou condições que restrinjam o direito do credor.

A oferta, portanto, há que ser cumprida com o depósito no lugar em que era devida a prestação (arts. 327 a 330) e até o momento fixado pelo juízo.

Art. 337. O depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 976. O depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, §§ 374 e 379; Código Civil suíço, art. 92; Código Civil francês, art. 1.260; Código Civil chileno, art. 1.602; Código Civil argentino, art. 765; Código Civil de Quebec, art. 1.577; Código Civil russo, art. 327, 2.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de

las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi.* Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A disposição em análise não pretende interferir na competência judiciária; é, simplesmente, norma material de fixação do lugar de cumprimento da obrigação (arts. 327 a 330). Portanto, se do acordo de vontades das partes tiver resultado locais diversos para a prestação e para o depósito, se necessária a consignação, será o local do pagamento aquele em que se deverá fazer a consignação.

Não se deve confundir o momento do requerimento com o momento do depósito. Este último é que se considera termo inicial dos efeitos: cessação do cômputo de juros sobre o principal, e dos riscos pela guarda e posse da coisa objeto da prestação.

À evidência que os efeitos só serão admitidos se a consignação for julgada procedente, pois, caso contrário, não se admitem efeitos contra o credor e a favor

do devedor.

Art. 338. Enquanto o credor não declarar que aceita o depósito, ou não o impugnar, poderá o devedor requerer o levantamento, pagando as respectivas despesas, e subsistindo a obrigação para todas as conseqüências de direito.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 977. Enquanto o credor não declarar que aceita o depósito, ou não o impugnar, poderá o devedor requerer o levantamento, pagando as respectivas despesas, e subsistindo a obrigação para todas as conseqüências de direito.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.261; Código Civil chileno, art. 1.606; Código Civil português, art. 845º; Código Civil argentino, art. 761; Código Civil de Quebec, art. 1.584; Código Civil suíço, art. 94 (Livro V).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio

Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi.* Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A previsão é de que o devedor tem o direito de obter a sua liberdade, mas, para tanto, tem de cumprir todos os requisitos legais.

Se, antes que o depósito se converta em pagamento, ele se retrata e torna ineficaz a oferta, não há como prosseguir falando em consignação.

Assim, enquanto não houver a aceitação do depósito pelo credor, ou este não o impugnar, isto é, citado no processo, deixa de oferecer resistência, pode o devedor revogar seu ato de consignar, passando a sofrer, é lógico, as conseqüências jurídicas de seu ato. Assim, remanesce respondendo pelos juros incidentes sobre o débito, como também pelos riscos quanto à integridade da coisa, até que ocorra a tradição.

A referência às despesas deve ser entendida como as de direito material, porque, evidentemente, as custas e despesas processuais são objeto das regras processuais.

Art. 339. Julgado procedente o depósito, o devedor já não poderá levantá-lo, embora o credor consinta, senão de acordo com os outros devedores e fiadores.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 978. Julgado procedente o depósito, o devedor já não poderá levantá-lo, embora o credor consinta, senão de acordo com os outros devedores e fiadores.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.262; Código Civil chileno, art. 1.607; Código Civil argentino, art. 762; Código Civil de Quebec, art. 1.585.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi.* Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de*

droit civil français. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Para Pontes de Miranda, no v. 24, § 2.950, p. 239, de seu *Tratado de direito privado*, a previsão legal, que repete a do art. 978 do Código de 1916, "só pode referir ao tempo que medeia entre o proferimento da decisão que julgou procedente o depósito e o trânsito em julgado, *exclusive*".

Os demais comentadores não referiram a tanto, entendendo que com a sentença o pagamento foi efetuado.

Para Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, p. 36), se o credor consente no levantamento, isso implica novação, uma vez que a anterior, objeto da sentença, foi extinta.

Em trecho da página seguinte o mesmo autor obteve o apoio de Arnaldo Rizzardo, em *Direito das obrigações*, p. 361.

Parece-nos que a restrição de Pontes de Miranda não tem razão de ser. O trânsito em julgado não altera, em nada, o fato de que a obrigação original foi considerada paga pelo devedor, que, portanto, foi liberado. É evidente que enquanto pender prazo para recurso, se as partes se compuserem na forma do presente artigo, estarão fazendo uma transação, conforme o art. 844 deste Código.

Se já houver sido alcançado o trânsito em julgado, as partes estarão, no uso e atribuição da autonomia privada, estabelecendo um novo negócio, sem que necessariamente seja novação, pois, como se verá adiante, novação implica a extinção de uma obrigação para o nascimento de outra, em substituição àquela original. Ora, o que prevê o artigo não é novação, uma vez que não está dito que com o levantamento o autor da consignação, que era devedor e alcançou já a liberação da dívida, passe a ser devedor do mesmo credor.

Pode ser que o credor, ou por um outro negócio, ou por liberalidade, concorde com o levantamento, a título de doação. Nessas duas hipóteses, não terá nascido

uma nova obrigação em que o credor será credor e o devedor será devedor.

Aliás, não poderia sê-lo, pois, conforme os próprios autores que se referem à hipótese de novação, não se estará extinguindo a obrigação por vontade das partes, mas, sim, porque foi extinta pela sentença de procedência da consignação; é isso que diz Carvalho Santos:

"*Julgado procedente o depósito* ... Isto é, uma vez efetuado o pagamento, por isso que a sentença, em tal caso, não tem outro valor senão reconhecer como válido o pagamento, servindo de quitação".

Há que se observar, porém, que o artigo não fala em exclusiva manifestação de vontade do devedor e do credor; prevê a necessária concordância entre eles.

Daí ter surgido o argumento de Clóvis, de que o levantamento pelo devedor implicará a renovação do vínculo, inclusive quanto aos co-devedores e fiadores, entendimento que já havia sido refutado por Lacerda de Almeida, e veio a sê-lo, outra vez, por Carvalho Santos, que transcreveu a observação daquele para, também, dela divergir. É o seguinte o que se encontra à p. 37 da obra *Código Civil brasileiro interpretado*, de Carvalho Santos:

"Discordamos do eminente mestre. Assim como discordamos do não menos eminente Professor Lacerda de Almeida, quando criticando veementemente o texto do Código, lança essa assertiva:

'Juridicamente falando, os fiadores não podem ser mais ouvidos nem cheirados (*sic*) depois que a dívida que afiançaram foi declarada extinta' (*Efeitos das Obrigações*, pág. 217, nota).

O levantamento do depósito, a nosso ver, pode ser feito sem audiência ou acordo dos fiadores ou outros co-devedores.

A dívida, porém, continua extinta, operando-se a novação, por meio da qual surgirá uma outra dívida, em que não mais terão responsabilidade esses obrigados.

A razão é óbvia: com a sentença o pagamento se tornou irrevogável, não somente para o devedor, mas para todos os coobrigados.

Quer dizer: o acordo entre o credor e o devedor, por meio do qual fica este autorizado a fazer o levantamento da quantia depositada, equivale a uma novação, surgindo um novo débito, no qual não mais figuram aqueles que não deram seu assentimento".

Importa salientar que a argumentação quanto à novação acaba parecendo ser um equívoco, porque para o autor, Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, p. 150):

"1 — *Da novação*. A novação é a substituição convencional de uma dívida

por uma outra nova. Embora pareça sutileza, a novação não extingue a obrigação preexistente para inicar outra nova, mas cria uma nova obrigação para extinguir a antiga (cf. Lacerda de Almeida, *Efeitos das Obrigações*, com. ao art. 999)".

Ademais, bastaria lembrar as disposições dos arts. 340, 365 e 366, para se ter a certeza de que o supra-argumentado não leva à novação.

Art. 340. O credor que, depois de contestar a lide ou aceitar o depósito, aquiescer no levantamento, perderá a preferência e a garantia que lhe competiam com respeito à coisa consignada, ficando para logo desobrigados os co-devedores e fiadores que não tenham anuído.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 979. O credor que, depois de contestar a lide ou aceitar o depósito, aquiescer no levantamento, perderá a preferência e garantia que lhe competiam com respeito à coisa consignada, ficando para logo desobrigados os co-devedores e fiadores, que não anuíram.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 763.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado,

1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Note-se que, embora tratando do ato processual da contestação, e da concordância com o levantamento, o que também se dará no âmbito do processo, a disposição refere-se a um efeito de direito material, isto é, à perda da preferência e garantia.

O que se deve observar é que o depósito foi feito pelo devedor o qual acionou o credor, e isso, evidentemente, provocará efeitos quanto aos demais coobrigados, ou garantidores.

Quer a contestação quer a aceitação do depósito têm ambas um efeito fundamental, qual seja, inibir o direito do devedor-depositante de se retratar eficazmente, como previsto no art. 338. Logo, não há disponibilidade para o devedor.

Ora, se o credor vier a concordar com o levantamento, estará afetando o direito dos demais coobrigados e/ou garantidores, que não participavam da lide, portanto, não tinham praticado qualquer ato dispositivo.

Daí se ter a desobrigação quanto à garantia por parte dos que não anuíram.

Art. 341. Se a coisa devida for imóvel ou corpo certo que deva ser entregue no mesmo lugar onde está, poderá o devedor citar o credor para vir ou mandar recebê-la, sob pena de ser depositada.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 980. Se a coisa devida for corpo certo que deva ser entregue no mesmo lugar onde está, poderá o devedor citar o credor para vir ou mandar recebê-la, sob pena de ser depositada.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.264; Código Civil italiano, art. 1.216 (quando se trate de consignar um imóvel, a oferta se resume na intimação do credor para tomar a posse); Código Civil argentino, art. 764.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*.

Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O Código de 1916, no art. 980, dizia "corpo certo", tão-somente, e mesmo com tal redação os comentadores já aludiam aos imóveis, por serem coisas que por sua própria natureza só podem ser entregues no lugar em que estão.

Pode-se pensar em outras hipóteses de corpos certos, para subsunção ao artigo, como dos que não devem ser transportados, sob pena de sua incolumidade ser afetada.

Verifica-se, aqui, uma facilidade para o devedor, porque pode ter sido fixado outro local, como o domicílio do credor, para a entrega da coisa.

Aí não se pode pensar em consignação no mesmo lugar, porque a obrigação tem de ser cumprida no lugar avençado, e o risco, até a entrega, é do devedor.

É lógico que, se houver a utilização do dispositivo, terá de ser para as coisas que, se não havia previsão expressa do local de entrega, não podem ser deslocadas, e que só será possível pensar em mora do credor após devida notificação ou intimação para recebê-la.

Art. 342. Se a escolha da coisa indeterminada competir ao credor, será ele citado para esse fim, sob cominação de perder o direito e de ser depositada a coisa que o devedor escolher; feita a escolha pelo devedor, proceder-se-á como

no artigo antecedente.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 981. Se a escolha da coisa indeterminada competir ao credor, será ele citado para este fim, sob cominação de perder o direito e de ser depositada a coisa que o devedor escolher. Feita a escolha pelo devedor, proceder-se-á como no artigo antecedente.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 766.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi.* Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle*

obbligazioni. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo tem relação com o que está disposto nos arts. 243 a 246. Lá, o direito de escolher a coisa incerta cabe ao devedor, e são impostas limitações a essa escolha.

Aqui, o direito de escolha é do credor, por ter ocorrido livre convenção das partes.

Alcançado o termo para o cumprimento da obrigação, o credor deixa de efetuar a escolha para que torne certa e determinada a coisa objeto da prestação, mesmo tendo sido citado para tanto. Tal decurso do prazo sem manifestação do credor, além de corroborar a mora, implica perda do direito de escolha, que, então, obedecerá às regras citadas, arts. 243 a 246, fazendo o devedor o depósito.

Se, porém, a indeterminação decorre de serem as obrigações alternativas, ter-se-á a aplicação das normas dos arts. 252 a 256.

Art. 343. As despesas com o depósito, quando julgado procedente, correrão à conta do credor, e, no caso contrário, à conta do devedor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 982. As despesas com o depósito, quando julgado procedente, correrão por conta do credor, e, no caso contrário, por conta do devedor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 381; Código Civil chileno, art. 1.604; Código Civil de Quebec, arts. 1.582 e 1.589; Código Civil italiano, art. 1.207.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi.* Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das

obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Esta regra parece-nos fora do âmbito do Código Civil, pois claramente relativa ao processo, que disciplina na Parte Geral do CPC, quanto à sucumbência.

Art. 344. O devedor de obrigação litigiosa exonerar-se-á mediante consignação, mas, se pagar a qualquer dos pretendidos credores, tendo conhecimento do litígio, assumirá o risco do pagamento.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 983. O devedor de obrigação litigiosa exonerar-se-á mediante consignação, mas, se pagar a qualquer dos pretendidos credores, tendo conhecimento do litígio, assumirá o risco do pagamento.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 378; Código Civil chileno, art. 1.605; Código Civil português, art. 846º.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado,

1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este dispositivo é redundante, visto que a previsão do inciso V do art. 335 é exatamente no mesmo sentido, ou seja, de que, se houver litígio sobre o objeto do pagamento, tem lugar a consignação.

Ora, quem assume o risco de fazer o pagamento a uma das partes no litígio pode até vir a acertar quem será o vencedor, mas corre o grande risco de errar em suas premonições, e ter de pagar outra vez.

Quem se pretende com tais poderes premonitórios dar-se-á melhor correndo o risco de jogar na Mega Sena.

Art. 345. Se a dívida se vencer, pendendo litígio entre credores que se pretendem mutuamente excluir, poderá qualquer deles requerer a consignação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 984. Se a dívida se vencer, pendendo litígio entre*

credores que se pretendam mutuamente excluir, poderá qualquer deles requerer a consignação.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MARCATO, Antônio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi.* Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene,

1974 (Strutture e vicende dell'obbligazione). RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Apesar de redação distinta, segundo Clóvis, este artigo teve inspiração nas regras relativas à cessão de crédito do Código Civil suíço, no Livro das Obrigações.

Aqui é uma disposição excepcionante do contexto da consignação.

Não se está diante do exercício de um direito do devedor, mas do que litiga pela posição de credor, de ver garantido o pagamento da dívida, já vencida.

É uma antecipação à possível ação de consignação pelo devedor, mas, acima de tudo, uma busca de garantia do pagamento, que aqui terá tal efeito se ocorrer o depósito, porque liberatório do devedor, ainda que discutível qual dos litigantes será o credor que irá proceder ao levantamento.

Nesse sentido há estreita relação com o caráter da consignação, visto que o depósito terá o caráter liberatório do devedor, de pagamento, ainda que não satisfatório do credor, o que só ocorrerá com o levantamento pelo judicialmente declarado legitimado.

CAPÍTULO III
DO PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

I - do credor que paga a dívida do devedor comum;

II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel;

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 985. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:*

I - do credor que paga a dívida do devedor comum ao credor, a quem competia direito de preferência;

II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário;

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.203 (alíneas 1, 2 e 3); Código Civil francês, art. 1.241 (a sub-rogação tem lugar de pleno direito: do também credor, que paga um credor preferente por privilégios e hipoteca; em proveito do adquirente do imóvel que emprega o preço de sua aquisição no pagamento de credores aos quais estava o imóvel hipotecado; em proveito do que, estando com outros ou por outros obrigado ao pagamento de uma dívida, tinha interesse em satisfazê-la; em proveito do herdeiro que aceitou a herança a benefício do inventário e pagou com dinheiro próprio dívidas da sucessão); Código Civil suíço, art. 70 (o devedor que pagou a dívida indivisível tem direito de regresso contra os co-devedores); art. 110 (terceiro que paga ao credor fica legalmente sub-rogado, até a devida ocorrência, nos direitos do último); art. 148 (cada um dos devedores solidários deve tomar a seu cargo uma parte igual do pagamento feito ao credor — aquele que paga além de sua quota tem, quanto ao excedente, um direito regressivo contra os outros); Código Civil português, art. 606º ("sub-rogação do credor ao devedor" — sempre que o devedor o não faça, tem o credor a faculdade de exercer, contra terceiro, os direitos de conteúdo patrimonial que competem àquele, excepto se, por sua própria natureza ou disposição de lei, o puderem ser exercidos pelo respectivo titular; a sub-rogação, porém, só é permitida quando seja essencial à satisfação ou garantia do direito do credor); Código Civil paraguaio, art. 594; Código Civil chileno, arts. 1.608 (*la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga*) e 1.610; Código Civil argentino, art. 767.

O Código Civil alemão não possui previsão específica sobre a sub-rogação, mas existem disposições esparsas que estabelecem regras para garantir direitos àquele que paga dívida em nome do credor, do devedor etc. Exemplos: § 268 ("Se o credor move execução que recai sobre objeto pertencente ao devedor, aquele que corre perigo de, em conseqüência de tal execução, perder um direito existente em seu proveito sobre esse objeto, tem direito de se compor com o credor. O mesmo direito cabe ao possuidor de uma coisa quando, em conseqüência de uma execução forçada, corre perigo de perder a posse. A satisfação do credor pode realizar-se mediante consignação ou compensação. Na

medida em que terceiro atende ao credor, o crédito a ele se transfere. Essa transferência não pode ser invocada em prejuízo do credor"); § 281 ("Se o devedor, devido a circunstância que tornou a prestação impossível, faz jus, em equivalência do objeto devido, a uma reparação ou a uma expectativa de reparação, o credor pode exigir a restituição do que tenha sido adquirido como reparação ou a cessão da expectativa referida. Quando o credor tem uma expectativa de reparação de dano por inexecução, se ele faz uso do direito, a indenização a ser-lhe prestada ficará diminuída na proporção da do valor da reparação recebida ou do direito a ser reparado"); § 426 ("Os devedores solidários, em suas relações uns com os outros, respondem, cada qual, por uma parte igual, uma vez que outra coisa não foi estipulada. Se o montante do que incumbe a um dos devedores solidários não puder ser por ele satisfeito, o déficit passará aos demais devedores, uma vez que sua responsabilidade é igual à dos outros. Na medida em que um dos devedores solidários satisfez ao credor e em que tem o direito de exigir uma equiparação, esse devedor torna-se credor dos demais co-responsáveis. A transferência do crédito não pode ser invocada em prejuízo do credor"); e § 774 ("Tanto quanto o fiador satisfez ao credor, o crédito deste se transfere àquele. Essa transferência não pode ser invocada em prejuízo do credor. Permanecerão integrais os meios de defesa do devedor principal, oriundos das suas relações jurídicas com o fiador. Os co-fiadores respondem entre si de acordo com o § 426").

Código Civil de Quebec, arts. 1.651 e 1.656 (*La subrogation s'opère par seul effet de la loi: 1º Au profit d'um créancier qui paie um autre créancier qui lui est préféreble en raison d'une créance prioritaire ou d'une hypothèque; 2º Au profit de l'acquéreur d'um bien qui paie um créancier dont la créance est garantie par une hypothèque sur ce bien; 3º Au profit de celui qui paie une dette à laquelle est tenu avex d'autres ou pour d'autres et qu'il a intérêt à acquitter; 4º Au profit de l'héritier qui paie de ses propes denier une dette de la succession à laquele il n'était pass tenu; 5º Dans les autres cas étabilis par le loi"*).

BIBLIOGRAFIA: *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 43, 1958. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3; 1955. v. 4. BEVILÁQUA, Clóvis.

Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAÑIZARES LASO, Ana. *El pago con subrogación*. Madrid: Ed. Civitas, 1996. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 71, 1982. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MOURA, Mario de Assis. *Do pagamento com sub-rogação*. São Paulo: Saraiva, 1933. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A sub-rogação tem suas origens no *beneficium cedendarum actionum* e na *successio in locum* do Direito Romano.

O termo "sub-rogação", no presente capítulo, está empregado no âmbito do adimplemento das obrigações. Ana Cañizares Laso, na abertura de sua obra *El pago con subrogación*, diz:

"Dentro de la teoría general del derecho de las obligaciones, el pago extingue

la obligación de manera absoluta y la extinción de la obligación principal supone la extinción de todas sus garantías conforme al principio de accesoriedad. Sin embargo la ley admite la subrogación, lo que podrá conducir a un problema de extinción o no del crédito o a un problema de accesoriedad de las garantías" (p. 16).

Assim, não se irá considerar a denominada sub-rogação real como espécie diversa da sub-rogação pessoal, distinção que é aceita, e que foi bem exposta por doutrinadores, particular e expressamente referida por Carvalho Santos em seus comentários, ainda que reconhecendo não ser matéria tratada no art. 985 do Código de 1916. Fica consignada, portanto, a referência.

O conceito de sub-rogação, no âmbito pessoal, é "amplíssimo" para Emilio Betti, em *Teoria generale delle obbligazioni*: vicende dell'obbligazione, v. 3, p. 61. Em tradução livre do texto do autor, tem-se: "É através da sub-rogação que se pode definir o fenômeno de subingresso, pelo qual um sujeito substitui a um outro na idêntica posição jurídica já ocupada pelo substituído, ou quando menos a ele destinada — seja na expectativa do direito ou da obrigação, seja no exercício do direito ou no adimplemento da obrigação — sem que o título jurídico do sujeito subentrante seja necessariamente ligado a um nexo derivado do título do sujeito antecedente".

O mestre italiano refere os momentos caracterizadores dessa alteração obrigacional como sendo: 1) o subingresso; 2) a permanente identidade de posição jurídica; 3) a desnecessidade de um nexo derivado.

Assim, há que se distinguir as situações de fato a que a lei atribui uma sub-rogação, das situações de transmissão ou aquisição derivada, da mesma maneira com que se verifica uma antítese entre delação e traslação. Verifica-se que nos modos de aquisição derivada o direito se transfere e, nos correspondentes modos de assunção, a obrigação é transposta, com o significado de deferida a um novo sujeito.

Há diferença fundamental no interesse. Na transmissão, o interesse é a circulação do crédito (como ocorre na cessão), enquanto na sub-rogação o interesse é garantir a recuperação da soma despendida pelo terceiro, que assumiu a obrigação de satisfazer ao credor. Na sub-rogação se busca garantir a recuperação do que foi despendido, tutelar o direito de regresso, não a circulação do crédito, que se dá na transmissão.

O tratamento dado à sub-rogação, no nosso Código, está dentro do Título "Do adimplemento e extinção das obrigações", no que se apartou do Código português, posição que Antunes Varela (*Direito das obrigações*, p. 358)

esclarece:

“E foi esta distinção entre a perda e a extinção do crédito, no plano dos efeitos do cumprimento efectuado por terceiro, que levou o novo Código Civil a rejeitar a inserção sistemática do instituto da sub-rogação, aceito por outras legislações (que o colocavam no capítulo do cumprimento ou pagamento, como uma excepção ao efeito extintivo do pagamento), colocando-o deliberadamente no capítulo especial da transmissão de créditos e dívidas (arts. 577º e segs.)”.

Observa-se, porém, que mais adiante, no seu texto, o autor critica a tentativa de qualificação da sub-rogação:

“Com efeito, talvez pareça bizantinismo procurar encaixar a sub-rogação dentro dos quadros de outros institutos conhecidos. Ela surge como instituto autónomo, em que o crédito, ao invés de se extinguir com o pagamento efetuado por terceiro, é a este transferido, ou em virtude de acordo entre as partes, ou por força da própria lei”.

Diante do que já foi exposto, fica claro que no pagamento com sub-rogação o credor fica satisfeito, mas o devedor não fica liberado, porque não foi o seu comportamento, a sua atuação, que satisfez o crédito a que se obrigara satisfazer, e sim a atuação de terceiro.

Com essa introdução fica fácil entender por que o nosso Código de 1916 buscou reunir normas que estavam dispersas em vários diplomas como regras gerais de uma figura sistematizada. Ao assim fazer, distanciou-se da BGB, que tem disposições esparsas sobre a sub-rogação (§§ 268, 281, 426 e 774), revelando, no caso específico, tratamento diferente do atribuído pelo Código Civil francês, que a regulou dos arts. 1.249 a 1.252.

É de obervar que o recente Código da Rússia não cuida da figura da sub-rogação com autonomia, dispondo pontualmente no âmbito das obrigações solidárias, enquanto no Código Civil espanhol é tratada no âmbito de novação, e a sub-rogação só veio a ser objeto da Lei n. 2/1994, de 30-3-1994, que disciplinou também a modificação dos empréstimos hipotecários.

Diversamente do Código italiano, manteve o novo Código a distinção entre sub-rogação legal (art. 346) e convencional (art. 347).

No presente dispositivo, que trata da sub-rogação legal, temos três hipóteses.

A do inciso I decorre da vontade de credor de devedor comum, ou seja, de quem tem um crédito perante o devedor, e sabe que este também é devedor de outro credor. A dúvida que surge para o leigo é saber qual o interesse de quem já é credor em sub-rogar-se, mediante pagamento a terceiro, para ficar só com direito de regresso em face de seu já devedor.

É lógico que o credor que vai tomar tal atitude está buscando defender os seus interesses, não os do outro credor. Assim, tem grande interesse em pagar dívida de devedor comum aquele que possui garantia mais fraca, ou crédito sem garantia, diante de outro credor com garantia mais forte, ou simplesmente com garantia. Aliás, o inciso I do art. 985 do Código de 1916 referia-se expressamente à hipótese do pagamento a credor a quem competia direito de preferência, ou seja, credor com garantia mais forte, ou crédito privilegiado. Mais, tem interesse o credor que quer evitar a perda significativa de seu crédito, como aquele que sabendo o devedor com patrimônio suficiente para pagar só a sua dívida, liquida a do outro credor, que poderia impedir o seu ressarcimento.

Cabe lembrar que sempre houve previsão específica com relação aos credores hipotecários, conforme se via do art. 814 do Código de 1916, que equivale ao atual 1.478.

Tem-se, ainda, a hipótese de um credor que verifica que outro credor já ajuizou execução e tem penhora feita, mas seu crédito, embora pequeno, onera o imóvel que pode efetivamente garantir seu crédito, então atua pagando àquele credor e se resguardando quanto à exeqüibilidade de seu crédito.

A hipótese do inciso II é bem mais ampla que a constante do inciso II do art. 985 do Código de 1916, pois que acresceu à só hipótese do adquirente de imóvel hipotecado "*o terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel*".

É lógico que o adquirente de imóvel gravado com o ônus da hipoteca busque liquidá-la, para que sua propriedade fique livre quanto a futura negociação. Aliás, a remissão do imóvel hipotecado pelo adquirente ganhou tratamento mais completo no atual art. 1.481.

A novidade mais marcante decorre da inclusão, na tipificação, dos terceiros que tenham algum direito sobre o imóvel, o que veio para beneficiar aqueles que, por alguma relação contratual, ou mesmo por execução judicial, como na hipótese de vencedor em pleito indenizatório, tenham obtido direito, ou constrição, quanto ao imóvel do devedor, e, para a preservação e exeqüibilidade do direito, vêm a fazer o pagamento do débito hipotecário.

O inciso III manteve a redação do art. 985 do Código de 1916, com o que dá-se a sub-rogação em favor do terceiro que havia de ser, ou potencialmente poderia ser, obrigado, no todo ou em parte, a pagar a dívida.

Quanto a este inciso III, Clóvis mencionava o devedor solidário, o co-devedor de obrigação indivisível e o fiador. Carvalho Santos acrescia a tal lista: o herdeiro ou sucessor de devedor que remir o penhor ou a hipoteca, relativamente

aos outros herdeiros ou sucessores, o que está expressamente previsto no parágrafo único do art. 1.429; aquele que ofereceu seus bens em garantia hipotecária, ou pignoratícia, de dívida de terceiro (é evidente que se não houver a execução da garantia não haverá sub-rogação, porque a só garantia não implica pagamento); o mandatário ou administrador que se obrigou a pagar por seu mandante, por conta e em nome deste (hipótese do parágrafo único do art. 305); o co-responsável pelo dano decorrente de ato ilícito (parágrafo único do art. 942); a seguradora que paga o sinistro (art. 786).

É claro que toda vez que por lei se dispuser quanto à sub-rogação, ela existirá a partir do pagamento feito.

Art. 347. A sub-rogação é convencional:

I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 986. A sub-rogação é convencional:*

I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.201 (347, inciso I) e art. 1.202 (347, inciso II); Código Civil francês, art. 1.250 (essa sub-rogação é convencional quando o credor, recebendo seu pagamento de terceira pessoa, sub-roga-a nos seus direitos, ações, privilégios ou hipotecas contra o devedor; deve ser expressa, e feita simultaneamente com o pagamento, quando o devedor toma emprestada uma importância para pagar sua dívida e sub-roga o mutuante nos direitos do credor. É preciso, para que essa sub-rogação seja válida, que o ato de empréstimo e a quitação sejam passados em notário, que no ato de empréstimo seja declarado que a quantia foi tomada para fazer o pagamento com dinheiro fornecido para isso pelo novo credor. Tal sub-rogação opera-se sem o concurso da vontade do credor); Código Civil paraguaio, art. 595; Código Civil

chileno, art. 1.611; Código Civil argentino, art. 769.

BIBLIOGRAFIA: *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 43, 1958. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3; 1955. v. 4. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAÑIZARES LASO, Ana. *El pago con subrogación*. Madrid: Ed. Civitas, 1996. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 71, 1982. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MOURA, Mario de Assis. *Do pagamento com sub-rogação*. São Paulo: Saraiva, 1933. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe e LEQUETE, Yves. *Droit civil*: les obligations. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996. VARELA, João de Matos

Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo mantém a redação integral do art. 986 do Código de 1916.

À luz desses dispositivos Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado,* v. 24, § 2.961, p. 290-291) dizia que o inciso I, em verdade, não é sub-rogação, mas, sim, caso de cessão de crédito, o que concluía em face das disposições dos arts. 1.065 a 1.078 daquele Código, que equivalem aos arts. 286 a 298 do atual.

No mesmo sentido, precedentemente, Planiol e Ripert, no *Traité pratique de droit civil français*, p. 628-629, nota de rodapé n. 1, em razão da referência à possível dúvida sobre a real intenção das partes.

Essa posição não coincide com a da doutrina italiana, desde Giorgi (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, p. 188 e s.), Betti (*Teoria generale delle obbligazioni*, p. 69), até os atuais Andrea Magazzù, na *Enciclopedia del Diritto*, v. XLIII, verbete "surrogazione per pagamento", p. 1531, e Bianca, *Diritto civile*: l'obbligazione, p. 348-349.

Dos nossos clássicos, só Clóvis se refere à hipótese de que se trata de cessão e não de sub-rogação pura, sem desenvolver os fundamentos de tal conclusão, porém:

"...É uma forma de cessão".

Se aceitamos as colocações iniciais de Betti quanto à distinção da sub-rogação da transmissão, no comentário ao artigo anterior, não temos como aceitar a posição de Pontes, nem a de Clóvis, nem a referida por Planiol e Ripert.

A par do que se tem no início do art. 346, lembramos o seguinte trecho de Bianca, à p. 349 de sua obra retrocitada:

"L'atto di surrogazione ha carattere negoziale, quale atto dispositivo del soggetto in ordine alla sorte del credito. Non si tratta per altro di un negozio di alienazione, né in particolare di un negozio di cessione del credito. L'atto del creditore, infatti, non trasferisce esso stesso il credito ma concorre a formare una fattispecie traslativa il cui elemento centrale è sempre costituito dal pagamento".

É de anotar que parte da doutrina, a mais extremada, nega até mesmo o caráter negocial do ato dispositivo, dizendo ser mera designação de sucessor.

Lição que importa trazer ao conhecimento, a esta altura, é a de Ana Cañizares

Laso (*El pago con subrogación*, p. 52-53):

"De entrada creemos que nunca puede olvidarse de dónde se parte cuando se inicia cualquier tipo de polémica en torno a la posible naturaleza jurídica de una institución. De la misma manera que no debe olvidarse que cualquier discusión dogmática es siempre un problema de régimen jurídico y de consecuencias prácticas. Hemos mantenido que debe diferenciarse, de un lado, el supuesto del artículo 1.203.3 CC, y de otro, los supuestos de los artículos 1.209 y siguientes. En los casos de los artículos 1.209 y siguientes sin entrar de momento en la discusión en torno al artículo 1.210 (si es subrogación legal o uno de los supuestos en los que se presume la subrogación), desde luego, estamos ante supuestos en los que el pago produce como efecto la subrogación. En los casos del artículo 1.210 CC, literalmente y en todos los supuestos existe un pago cuando un acreedor pague...; cuando un tercero... pague...; cuando pague... el que tenga interés... En el caso del artículo 1.211 CC... cuando para pagar... Todos los supuestos de subrogación de los artículos 1.210 y 1.211 CC son casos en los que como consecuencia de un pago se produce la subrogación, es decir, se produce el subingreso de un sujeto en el lugar que ocupaba el primitivo acreedor y todo ello como consecuencia del pago efectuado, desde luego diferente en el caso del artículo 1.210 y el artículo 1.211, puesto que en este último paga el propio deudor, mientras que en aquéllos es un tercero: otro acreedor, un sujeto no interesado en la obligación u otro sujeto interesado en el cumplimiento.

En el análisis de esta materia debe partirse por tanto de que estamos ante un supuesto en el que se produce un pago. Pago que de acuerdo con la teoría general del derecho de obligaciones extinguiría en principio la obligación de manera absoluta y al mismo tiempo la extinción de la obligación principal produciría la extinción de todas las garantías conforme al principio de accesoriedad. Sin embargo parece que el pago puede producir otro efecto, la subrogación, que altera de alguna manera lo enunciado de acuerdo con la teoría general. Realmente todo ello va a suponer que, introduciéndonos en el campo de la ficción: o bien se defiende que el efecto principal del pago es la extinción de la obligación, por tanto el crédito se extinguiría pero la subrogación supondría la no extinción de las garantías, es decir, se alteraría el principio de accesoriedad. De tal manera que el pago extinguiría la obligación pero a la extinción de la obligación no seguiría la extinción de garantías; o bien se excepcional el efecto extintivo del pago, entendiendo entonces que el pago con subrogación no extingue el crédito y por consiguiente que lo que en realidad hay es una transmisión del mismo. Lo que a su vez podrá suponer la posibilidad de una

transmisión del crédito no consentida por el acreedor en algún caso, por tanto se alteraría el carácter extintivo del pago. De otro lado aquellos que entienden que las ideas de extinción y transmisión de la obligación en su aspecto activo son conciliable, entienden la subrogación como una figura ecléctica que participa de ambas".

Convém salientar que de maneira unânime a doutrina não vê qualquer exigência de forma na dita transferência dos direitos, até mesmo porque deve a manisfestação de vontade ocorrer no momento do pagamento.

Quanto ao inciso II, Planiol e Ripert (*Traité pratique de droit civil français*, p. 633 e 634) diziam que esse dispositivo, também existente no Código Civil francês, tinha algo de estranho. Entendiam ser um ato tão anormal que ele não admitia nenhuma justificação teórica, uma vez que é permitido ao devedor, quando empreste de terceiro o dinheiro para pagar sua dívida, consentir, ele mesmo, na sub-rogação de seu mutuante, sem que se peça a manifestação do credor.

Na descrição de Clóvis surge um contrato entre o devedor e o mutuante, portanto tem-se uma figura realmente anômala em termos de sub-rogação.

Diante do direito positivo italiano, anterior ao presente Código de 1942, Jorge Giorgi dizia que parte da doutrina não entendia o dispositivo como restrito à hipótese do mútuo, mas aplicável também às hipóteses de fornecimento do dinheiro para o fim de extinguir a dívida. Lembra, porém, que a doutrina contemporânea à sua obra não admitia tal interpretação, posto que baseada em situação que remetia à legislação anterior ao Código.

O requisito que se tem claro é que o dinheiro do mútuo se destine ao pagamento do débito pelo devedor, ou por alguém em seu nome. Fica, assim, evidente que é negócio causal, e que tal causa deve constar de documento formal anterior ao pagamento.

Importante anotar observação de um dos modernos estudos franceses contemporâneos, de François Terré, Philippe Simler e Yves Lequete, em *Droit civil*: les obligations, p. 1107, sobre funcionalidade e operatividade da sub-rogação convencional:

"Au-delà de ses applications diverses et ponctuelles, la subrogation conventionnelle constitue la base juridique d'une activité professionelle nouvelle: l'affacturage. D'origine anglo-saxonne (factoring), le procédé consiste en un paiement avec subrogation des créances commerciales par un établissement financier, qui en assume le recouvrement et en garantit la bonne fin, c'est-à-dire couvre le risque de l'impayé, moyennant une commission.

L’operation est un moyen de mobilisaton des créances commerciales et s’apparente, en ce sens, à la cession — Dailly... ou à l’escompte. L’élement specifique et supplémentaire réside dans la garantie de bonne fin”.

Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 987. Na hipótese do artigo antecedente, n. I, vigorará o disposto quanto à cessão de créditos (arts. 1.065 a 1.078).*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 769, 2ª parte (*...la subrogación será regida por las disposiciones sobre la “cesión de derechos”*); Código Civil chileno, art. 1.611 (2ª parte).

BIBLIOGRAFIA: *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 43, 1958. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3; 1955. v. 4. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAÑIZARES LASO, Ana. *El pago con subrogación*. Madrid: Ed. Civitas, 1996. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 71, 1982. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das

obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MOURA, Mario de Assis. *Do pagamento com sub-rogação*. São Paulo: Saraiva, 1933. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe e LEQUETE, Yves. *Droit civil*: les obligations. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo, pela maioria da doutrina, não teria razão de ser.

Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 116) observa que:

"Quando a sub-rogação é do devedor, a relação jurídica se não aproxima da cessão, tem caracteres próprios... É injusto atribuir-lhe direito mais lato".

Carvalho Santos diz que o texto do dispositivo, do então art. 987 do Código de 1916, que só difere do atual na remissão expressa aos artigos que regulam a cessão de crédito, "não tem significação alguma... a sub-rogação não se pode confundir com a cessão".

Antunes Varela (*Direito das obrigações*, p. 339) chega a desenvolver as diferenças entre a sub-rogação e a cessão de crédito, embora reconheça que ambas sejam formas de transmissão do direito de crédito. De maneira categórica conclui:

"Os efeitos da cessão definem-se assim, pelos *termos* da convenção negocial acertada entre cedente e cessionário. Os efeitos da sub-rogação, como instrumento legal 'de proteção dos interesses do terceiro (*solvens*), medem-se em função do *cumprimento* ou *pagamento*'".

Nos autores mais atuais, são no mesmo sentido Arnaldo Rizzardo (*Direito das obrigações*, p. 595) e Maria Helena Diniz (*Direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações, p. 259-260), que fixa sua posição fundamentadamente:

"...Trata-se de hipótese bem semelhante à cessão de crédito, mas que com ela não se confunde, apesar de regulada pelos mesmos princípios (CC, art. 348). A cessão visa transferir ao cessionário o crédito, o direito ou a ação, ao passo que a sub-rogação objetiva exonerar o devedor perante o antigo credor. A cessão não opera extinção do débito, uma vez que o direito creditório, sem solução de continuidade, é transmitido de um titular a outro, enquanto a sub-rogação extingue a dívida relativamente ao credor primitivo. A cessão é sempre feita pelo credor e a sub-rogação poderá efetivar-se até contra a vontade deste. Na cessão por título oneroso, o cedente fica responsável perante o cessionário pela existência do crédito ao tempo de sua transferência (CC, art. 371), o que não se dá na sub-rogação".

Há, no entanto, divergência na doutrina nacional. Entre os que defendem posição diversa temos Silvio Rodrigues, desde sua colaboração na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, onde no verbete "Sub-rogação (Direito civil)", v. 71, item 6, p. 65, disse:

"Esta espécie de sub-rogação convencional se dá quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos (CC, art. 986, I).

A lei não veda o caráter especulativo do negócio, de maneira que os lindes entre a cessão de crédito e a sub-rogação ficam mal traçados".

Já Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, § 2.959, p. 287, dizia:

"Quanto à sub-rogação de origem negocial, de antemão observamos que a espécie do art. 986, I, do Código Civil foi mal concebida. Aí, há cessão negocial de créditos, e não adimplemento com sub-rogação. Aliás, ao art. 987 de certo modo o corrige: 'Na hipótese do artigo antecedente, n. I, vigorará o disposto quanto à cessão de créditos (arts. 1.065 a 1.078).

(...)

A espécie que o legislador brasileiro pôs, inadvertidamente, no art. 986, I, do Código Civil, é adimplemento *emendi animo*: não se adimple, para que se extinga; mas sim para que se lhe ceda...".

É de ver que temos disposição legal mandando aplicar o regime da cessão de crédito à figura da sub-rogação convencional por parte do devedor.

Logo, a impressão que fica é a de que o legislador entendeu que é semelhante,

ou melhor, que tipifica a cessão de crédito, razão pela qual se aplica o seu sistema.

Mas a interpretação pode ser outra, ou seja, mesmo não sendo tipicamente uma cessão de crédito, as disposições legais referentes a ela aplicar-se-ão a tal tipo de sub-rogação, em razão, tão-só, de seu caráter negocial, como ato dispositivo do sujeito submetido a tal sorte de crédito. Não é, como diz Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 349), um negócio de alienação, nem, em particular, um negócio de cessão do crédito. O ato do credor, em verdade, não transfere por si só o crédito, mas concorre para formar uma hipótese de incidência traslativa, cujo elemento central é sempre constituído pelo pagamento.

A não-identidade, para Emilio Betti (*Teoria generale delle obbligazioni*, p. 68-69), decorria do fato de que não se tem uma aquisição derivada do crédito, como se dá na cessão, se bem que a aquisição se funde sobre uma relação com o antecedente titular, na posição em que se subentra, supõe um nexo derivativo, mas não é fundada sobre um ato de transferência que ponha tal nexo. O crédito não vem transferido de quem o tinha para quem o adquire; é deferido a este pela lei, com base no mencionado pagamento, portanto um ato que tem outro fim. Não sendo um negócio translativo, tem-se maior discricionariedade.

Assim, a efetiva compatibilização que se pode fazer na interpretação do presente artigo é a que se extrai de Bianca, à p. 359 da obra acima citada, ou seja, de que as normas da cessão de crédito que podem ser aplicadas sobre a sub-rogação são as que prescindem da natureza negocial, como as dos arts. 288 a 290, que dispõem sobre a prova e eficácia da cessão.

Ainda uma vez, em complemento, traz-se a posição de Ana Cañizares Laso, que analisa as doutrinas francesa e italiana, bem como a espanhola (*El pago con subrogación*, p. 58-59):

"Magini encuentra el núcleo del problema de la subrogación en haberse considerado el pago desde el punto de vista de su irremediable eficacia extintiva. A partir de ahí entiende este autor que, o bien se admite que el pago pueda, alguna vez, no extinguir la obligación, o bien si se quiere sostener que el pago siempre extingue, entonces habrá que admitir que en nuestro caso no se trata de un pago. A partir de su examen del concepto del pago observa, que si el pago se hace *animo solvendi*, se tiene la verdadera figura jurídica del pago, o pago propiamente dicho, el cual indudablemente extingue la obligación, pero se puede consignar al acreedor sin ánimo de extinguir la obligación sino con la intención de adquirirla para sí. En este caso no habría verdadero pago o por lo menos la

palabra pago, que comúnmente se usa, sería impropia. Se obtendrían así dos formas de pago: una, la verdadera, que extingue la obligación; la outra, que no es un verdadero pago, pero se llama así, y que opera el traspaso de la obligación y no su extinción.

Admitido por un gran sector doctrinal de este siglo que lo que la subrogación produce es la transmisión del crédito, a partir de que el pago no extingue la obligación, llegan algunos autores a la práctica asimilación de la subrogación con la cesión de créditos, aunque otros siguen manteniendo la división entre ambos institutos".

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 988. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.204; Código Civil francês, art. 1.252 (a sub-rogação estabelecida nos artigos precedentes tem lugar tanto contra os fiadores como contra os devedores: ela não pode prejudicar ao credor que foi pago apenas em parte; neste caso, ele pode exercer seus direitos, pelo restante de seu crédito, com preferência sobre aquele de quem ele recebeu um pagamento apenas parcial); Código Civil paraguaio, art. 596 (*caput*); Código Civil chileno, art. 1.612; Código Civil argentino, art. 771; Código Civil de Quebec, arts. 1.657 e 1.659; Código Civil espanhol, art. 1.212.

BIBLIOGRAFIA: *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 43, 1958. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3; 1955. v. 4. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*:

l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAÑIZARES LASO, Ana. *El pago con subrogación*. Madrid: Ed. Civitas, 1996. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 71, 1982. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MOURA, Mario de Assis. *Do pagamento com sub-rogação*. São Paulo: Saraiva, 1933. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe e LEQUETE, Yves. *Droit civil*: les obligations. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A regra tem origem no Direito Romano e permanece nas legislações sul-americanas, como na portuguesa, espanhola e italiana.

Quanto ao Código espanhol, trazemos, ainda uma vez, Ana Cañizares Laso (*El pago con subrogación*, p. 76):

“El artículo 1.212 del Código Civil

Los autores que han estudiado en nuestro Derecho el pago con subrogación parten en su mayoría, siguiendo a la doctrina italiana, como vimos, de la transmisión del crédito, dados los términos del artículo 1.212 CC. Ciertamente la literalidad del Código parece frontalmente contraria al efecto extintivo del pago, de manera que el pago con subrogación no extingue el crédito sino que lo transmite. No obstante, el artículo 1.212 CC no procede del Código de Napoleón, un precepto semejante a nuestro artículo 1.212 CC no existe ni en el actual Código Civil francés ni tampoco en el Código Civil italiano. Peña señala su procedencia de Laurent, en blanco en el Anteproyecto. Esto es muy significativo, pues hemos podido comprobar cuál es la teoría que mantiene Laurent respecto del pago con subrogación".

Portanto, há transferência de direitos, ações, privilégios e garantias.

Há que se observar, porém, que a autonomia privada pode restringir o que é transmitido.

Observação comum dos autores clássicos, como Clóvis e Pontes, é a de que o presente dispositivo só cuidou da sub-rogação legal.

O que aqui se tem, basicamente, é que a relação jurídica no seu substrato objetivo não se alterou. Só houve mudança no âmbito subjetivo de quem é o credor.

Assim, quem pagou, se sub-rogou, fê-lo na relação jurídica existente, que não se vê alterada, e, portanto, pode ser exercida com todos os privilégios, meios processuais especiais, garantias existentes etc. Como diz Almeida Costa (*Direito das obrigações*, p. 568), "fica investido na posição jurídica até aí atribuída ao credor da relação obrigacional. Os seus direitos exercem-se não só contra o devedor, mas também contra os terceiros que tenham garantido a dívida...".

Art. 350. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 989. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma, que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil paraguaio, art. 596, *c*; Código Civil chileno, art. 1.612, 2ª parte; Código Civil argentino, art. 771, 2ª parte.

BIBLIOGRAFIA: *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 43, 1958. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3; 1955. v. 4. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAÑIZARES LASO, Ana. *El pago con subrogación*. Madrid: Ed. Civitas, 1996. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 71, 1982. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MOURA, Mario de Assis. *Do pagamento com sub-rogação*. São Paulo: Saraiva, 1933. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe e LEQUETE, Yves. *Droit civil*: les obligations. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em*

geral. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A restrição à sub-rogação legal foi resultado de emenda ao projeto original de Clóvis, que admitia a disposição para ambas as sub-rogações, isto é, legal e convencional.

Lembrando que o crédito do sub-rogado foi deferido pela lei, em razão do pagamento, é decorrência lógica que o sub-rogado não possa recuperar mais do que efetivamente pagou, sob pena de se admitir que a lei criaria hipótese de enriquecimento sem causa.

A sub-rogação produz efeito limitado ao que foi objeto do efetivo pagamento, por isso não há como pretender que o sub-rogado possa exercer direitos que excedam aquilo que efetivamente cumpriu perante o credor originário.

Não se está diante de hipótese de negócio lucrativo, mas de sub-rogação legal, daí não ser admitido o lucro.

No Direito italiano encontra-se referência ao fato de o credor não haver recusado o pagamento parcial, hipótese que resulta em tipificar a função da sub-rogação como meramente recuperatória, e conseqüentemente não se pode admitir além do que é devido como recuperação do realmente expendido.

Se houver outro direito sendo pretendido contra o devedor, pelo sub-rogado, não poderá sê-lo a título de sub-rogação, mas a outro título.

Art. 351. O credor originário, só em parte reembolsado, terá preferência ao sub-rogado, na cobrança da dívida restante, se os bens do devedor não chegarem para saldar inteiramente o que a um e outro dever.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 990. O credor originário, só em parte reembolsado, terá preferência ao sub-rogado, na cobrança da dívida restante, se os bens do devedor não chegarem para saldar inteiramente o que a um e outro dever.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.205 (no caso de pagamento parcial, determina que o terceiro sub-rogado e o credor primitivo concorram, em face do devedor, proporcionalmente ao que lhes é devido, salvo pacto contrário, diferente da legislação pátria, que prestigia o credor primitivo e desestimula a sub-rogação parcial); Código Civil francês, art. 1.252, 2ª parte;

Código Civil chileno, art. 1.613; Código Civil argentino, art. 772; Código Civil de Quebec, art. 1.659 (“Ceux qui sont subrogés dans les droits d’un même créancier sont payés à proportion de leur pars dans le paiment subrogatoire, sauf convention contraire”).

BIBLIOGRAFIA: *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 43, 1958. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3; 1955. v. 4. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAÑIZARES LASO, Ana. *El pago con subrogación*. Madrid: Ed. Civitas, 1996. DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 71, 1982. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MOURA, Mario de Assis. *Do pagamento com sub-rogação*. São Paulo: Saraiva, 1933. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PLANIOL e RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. v. 7. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro:

Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe e LEQUETE, Yves. *Droit civil*: les obligations. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo não permite qualquer dúvida em relação ao artigo anterior, visto que acaba sendo um complemento.

Se o cumprimento foi parcial pelo sub-rogado, à evidência o credor original remanesceu credor da parte impaga.

Tal previsão não se refere a qual tipo de sub-rogação, legal ou convencional, pelo que se há de entender como aplicável a ambas.

Assim, se o devedor é cobrado a pagar, o é pelo total da dívida, mas, se não tiver meios para pagá-la por inteiro, nem seu patrimônio disponível enseje a satisfação integral do crédito, o resultado da execução será menor do que o devido.

É nessa hipótese que o credor originário tem preferência legal sobre o credor sub-rogado, é ele quem será pago em primeiro lugar, e o que sobrar é que irá satisfazer o sub-rogado.

O Direito italiano dispõe diversamente, como anota Breccia (*Le obbligazione*, p. 774), ou seja, o art. 1.205 do *Codice Civile* italiano dispõe que os credores dividirão o que sobejar na proporção de suas partes sobre o crédito, salvo se estabeleceram pacto, que, então, prevalece em face da norma, a qual se aplica na ausência de pacto.

No mesmo sentido o Código Civil português, no seu art. 593º, que dispõe que as partes podem fixar a forma (n. 2), e, se não houver previsão voluntária, inexistirá preferência de uns sobre os outros, ainda que os pagamentos tenham ocorrido em momentos diversos (n. 3).

A nossa norma não deixa de seguir regra típica de direito público, para disciplinar as funções administrativas quanto às pessoas, isto é, prevalece o crédito original, por mais antigo; assim, antigüidade é posto, e prevalece.

CAPÍTULO IV

DA IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO

Art. 352. A pessoa obrigada, por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 991. A pessoa obrigada, por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.*

Sem consentimento do credor, não se fará imputação do pagamento na dívida ilíquida, ou não vencida.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 366 (se o devedor, ao credor, por vários compromissos, estiver obrigado a prestações da mesma espécie, e não baste a prestação por feita para extinção de todas as dívidas juntas, será extinta aquela que ele indicar no momento da prestação); Código Civil suíço, art. 86; Código Civil francês, art. 1.253 (o devedor de várias dívidas tem o direito de declarar, quando paga, qual dívida pretende quitar); Código Civil italiano, art. 1.193 (quando tiver vários débitos da mesma espécie a favor de uma mesma pessoa, poderá declarar, quando pagar, que débito pretende satisfazer); Código Civil chileno, art. 1.596; Código Civil argentino, art. 773; Código Civil português, art. 783 (imputação do cumprimento); Código Civil paraguaio, art. 591; Código Civil de Quebec, art. 1.569 (De l'imputation des paiments).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF.

Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 43, 1980. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GERI, Lina Bigliazzi, BUSNELLI, Francesco D., BRECCIA, Umberto e NATOLI, Ugo. *Diritto civile*: obbligazione e contratti. Torino: UTET, 1996. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo. *Le attuazione del rapporto obbligatorio*: il comportamento de debitore. Milano: Giuffrè, 1984. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: UTET, 1997. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo enseja, desde logo, uma dúvida quanto ao seu âmbito. A dúvida é se dispõe sobre duas obrigações distintas ou sobre duas prestações de uma mesma obrigação.

Essa dúvida assaltou Antunes Varela, quando de sua estada no Brasil, ao redigir a edição brasileira do *Das obrigações em geral*, p. 44, como se vê da nota de rodapé.

Para Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 334), não se está diante de dúvida, mas de texto que leva a mera conclusão lógica.

À evidência que a disposição abrange ambas as hipóteses, pois ninguém havia duvidado que se referisse a duas obrigações, o que é muito mais do que duas prestações, já que estas são objeto das obrigações.

Este dispositivo resolve o problema com recurso à ordem prática. Daí que, se

ocorre pluralidade de obrigações da mesma natureza, líquidas e vencidas, ou duas prestações da mesma relação obrigacional, do mesmo devedor perante o mesmo credor, e o devedor oferta pagamento parcial, que não permite a quitação de todas, aí temos a solução legal da imputação, ou seja, da indicação da obrigação a ser quitada.

É de lembrar que a referência às da mesma natureza implica serem elas de fazer ou de dar, visto que inaplicável o dispositivo às obrigações de não fazer. Mas exige-se que, além da mesma natureza, sejam homogêneas, isto é, se forem obrigações de dar, que as coisas sejam do mesmo gênero; se forem de fazer, que sejam da mesma atividade.

Melhor precisando, a lei está a falar de prestações que tenham a mesma forma de execução, ou seja, a mesma espécie de atividade no pagamento.

É claro que a imputação voluntária será de duas ordens subjetivas, ou pelo credor, ou pelo devedor, e isso independerá da disposição legal, e sim do exercício da autonomia privada das partes.

Se ocorrer antes do vencimento, a questão fica simples, mas, se já houve o vencimento, torna-se operativa, diante da ausência de acordo de vontades na imputação.

O presente artigo confere prevalência à vontade do devedor, que, no caso, é uma declaração unilateral receptícia, como refere Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, v. 24, p. 296).

Questão que se põe é a de saber se, no caso de o credor se recusar a receber, poderá o devedor, uma vez que está exercendo direito conferido pela lei, consignar em pagamento?

Para Clóvis, sim (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 119), no que é acompanhado por Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações, p. 263).

Com a devida vênia de tão doutas manifestações, não se afigura tão simples e categórica a afirmativa, visto que se está falando de dívidas líquidas e *vencidas*, com o que o devedor, em princípio, já está em mora.

Por outro lado, vê-se da doutrina nacional que a imputação é declaração unilateral receptícia, não se configurando em negócio jurídico.

Já na doutrina italiana, Ugo Natoli, em *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. II, p. 144, à luz do art. 1.193 do Código Civil italiano, diz que a declaração é o exercício de um direito potestativo, pois o credor não pode ignorá-la, salvo no limite indicado no art. 1.194, que equivale ao nosso 354.

Outro aspecto que se há de ver, antes de afirmar que se pode consignar, é se a

oferta do pagamento é integral, ou não, já que, se não for suficiente para o pagamento da dívida imputada, acrescer-se-á que a recusa é justa e legal.

Ainda se tem que, se a oferta do devedor é para quitar o capital, deixando os juros e interesses de fora, a recusa também é justa (art. 354).

Há, porém, que observar que, embora vencidas as dívidas, não se terá a plena caracterização de mora do devedor, particularmente se está oferecendo os complementos necessários, e se não houve, ainda, qualquer ajuizamento de ação pelo credor.

O fundamento que se tem em favor de tal posição (consignação em pagamento pelo devedor em face da recusa do credor) é o de que, em verdade, o credor, se a oferta for integral, portanto suficiente para quitar a dívida imputada, não pode recusar-se a receber o pagamento, mesmo porque, aí, estaria a negar o direito de escolha conferido pela lei ao devedor.

Há que se ver, ainda, que, se o devedor ofertar parcialmente e o credor aceitar, ao que não está obrigado, tal oferta será admitida como pagamento parcial.

Da mesma maneira se dará se for feita a imputação do pagamento quanto a dívida ilíquida, ou não vencida.

Art. 353. Não tendo o devedor declarado em qual das dívidas líquidas e vencidas quer imputar o pagamento, se aceitar a quitação de uma delas, não terá direito a reclamar contra a imputação feita pelo credor, salvo provando haver ele cometido violência ou dolo.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 992. Não tendo o devedor declarado em qual das dívidas líquidas e vencidas quer imputar o pagamento, se aceitar a quitação de uma delas, não terá direito a reclamar contra a imputação feita pelo credor, salvo provando haver ele cometido violência, ou dolo.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 86 (2ª parte); Código Civil francês, art. 1.255 (“quando o devedor de diversas dívidas aceitar uma quitação pela qual o credor imputou o que recebeu sobre uma dessas dívidas, particularmente, não poderá mais o devedor pedir a imputação sobre uma dívida diferente, a não ser que tenha havido dolo ou surpresa por parte do credor”); Código Civil italiano, art. 1.195; Código Civil argentino, art. 775; Código Civil paraguaio, art. 593; Código Civil de Quebec, art. 1.571.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 43, 1980. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GERI, Lina Bigliazzi, BUSNELLI, Francesco D., BRECCIA, Umberto e NATOLI, Ugo. *Diritto civile*: obbligazione e contratti. Torino: UTET, 1996. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo. *Le attuazione del rapporto obbligatorio*: il comportamento de debitore. Milano: Giuffrè, 1984. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui o pagamento é feito sem que haja declaração de

vontade do devedor indicativa da dívida a ser quitada.

Se o credor, em função da ausência de indicação, der quitação de dívida que não seja aquela pressuposta pelo devedor, não terá este o direito de pretender alterar a imputação feita, já que aí se tornou direito do credor fazê-la.

Essencial para a validade é a quitação dada.

A única forma de invalidar a quitação será o devedor fazer prova, portanto mediante procedimento judicial, de que o credor, ao fazer a escolha, fê-lo incidindo nos defeitos, da violência ou do dolo.

Ao elencar tais comportamentos como inaceitáveis, a lei não admite outros. Portanto, só a coação, que com sua violência impede a livre manifestação de vontade do devedor, ou o dolo, que consegue manifestação contrária aos reais interesses do devedor, pela captação mediante artifícios dessa vontade quanto à quitação, compõem o elenco.

Veja-se que aqui não se está a questionar vício de vontade contratual, mas, sim, de comportamento contrário ao princípio da boa-fé, por parte do credor, quando o que se requer é conduta leal e correta.

Fica caracterizada a imputação do credor como mais do que mera declaração receptícia, uma vez que aqui há emissão de quitação também. Assim, ainda que caiba impugnação, esta só produzirá efeitos se as provas, a cargo do devedor como ônus processual, convencerem o juízo.

Pode-se, pois, falar que nesse caso há um negócio jurídico unilateral, em que a ausência de manifestação do devedor não tem o papel de manifestação de vontade contratual, mas sim de um ato de aquiescência, como diz Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 340).

Já, segundo Larenz (*Derecho de obligaciones*, p. 413), a finalidade maior da execução real do pagamento, decorrente da imputação, é com relação ao ônus da prova.

Art. 354. Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 993. Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e, depois, no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 367; Código Civil francês, art. 1.255; Código Civil italiano, art. 1.194 (“O devedor não pode, sem o consentimento do credor, imputar o pagamento no capital antes de imputá-lo nos juros e nas despesas. O pagamento feito por conta de capital e de juros deve ser imputado primeiro nos juros”); Código Civil argentino, art. 777; Código Civil português, art. 785º; Código Civil paraguaio, art. 592.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 43. 1980. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GERI, Lina Bigliazzi, BUSNELLI, Francesco D., BRECCIA, Umberto e NATOLI, Ugo. *Diritto civile*: obbligazione e contratti. Torino: UTET, 1996. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo. *Le attuazione del rapporto obbligatorio*: il comportamento de debitore. Milano: Giuffrè, 1984. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil*

brasileiro interpretado. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Há que se lembrar que em regra se pretende que o devedor, ao fazer a imputação, busque pagar integralmente uma das obrigações, ou prestações.

No presente dispositivo fica claro que pode ocorrer, no entanto, que a imputação não extinga o débito, já que a oferta é parcial, e do texto se tem a presunção da aceitação pelo credor.

Logo, estamos diante de dispositivo que prevê pluralidade de débitos, distinguindo o capital, como principal, dos juros, frutos do capital, como as despesas, que são acessórios do principal e decorrentes da mora.

Como se está numa exceção, deve-se entender que este dispositivo não vai fixar a regra em favor do devedor, mas sim do credor.

Já que não houve manifestação expressa de vontade, há que se entender que a imputação está sendo feita aos juros, remanescendo íntegro o capital, que é o principal e do qual são gerados os frutos civis, que são os juros. Portanto, interpretação, dada pela lei, em favor do credor, porque a imputação ao capital implicaria a extinção dos frutos posteriores.

Como observa Ugo Natoli (*Le attuazione del rapporto obbligatorio*, p. 149), se não fosse essa a interpretação legal, não só o credor teria de se contentar com um pagamento parcial, como sofreria, ainda, a perda do direito à recomposição pela demora (juros moratórios), afora a remuneração do capital (juros compensatórios).

Observação de Clóvis, que não se encontra nos autores estrangeiros, é que, se forem várias dívidas vencendo juros, a imputação deve ser entendida, na ausência do direito do devedor de escolher, como sendo, também, sobre os juros e despesas.

Art. 355. Se o devedor não fizer a indicação do art. 352, e a quitação for omissa quanto à imputação, esta se fará nas dívidas líquidas e vencidas em primeiro lugar. Se as dívidas forem todas líquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á na mais onerosa.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 994. Se o devedor não fizer a indicação do art. 991, e a quitação for omissa quanto à imputação, esta se fará nas dívidas líquidas e vencidas em primeiro lugar.*

Se as dívidas forem todas líquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á na mais onerosa.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 366, 2ª parte ("...se o devedor não adotar nenhuma determinação, extinguir-se-á, primeiramente, a dívida vencida; entre várias dívidas vencidas, aquela que oferecer ao credor menor garantia; entre várias, igualmente garantidas, a mais onerosa ao devedor; entre várias igualmente onerosas, a dívida mais antiga; e no caso de igual antigüidade, todas proporcionalmente"), ou diretamente do alemão: "Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner läastigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichen alter jede Schuld verhältnismässig getilgt"; Código Civil francês, art. 1.256 ("quando o recibo não contiver nenhuma imputação, deverá o pagamento ser imputado na dívida que o devedor tinha então maior interesse em pagar dentre aquelas que se achavam igualmente vencidas; caso contrário, sobre a dívida vencida embora menos onerosa do que aquelas que não o estão. Se as dívidas forem de igual natureza, a imputação se faz sobre a mais antiga; todas as coisas iguais, é feita proporcionalmente"); Código Civil suíço, art. 87; Código Civil italiano, art. 1.193, 2ª parte ("...na falta da declaração, o pagamento deve ser imputado no débito vencido, entre vários débitos vencidos; no menos garantido, entre vários débitos igualmente garantidos, no mais oneroso para o devedor; entre vários-débitos igualmente onerosos, no mais antigo. Se tais critérios não ajudarem, será feita a imputação, proporcionalmente, nos vários débitos"); Código Civil chileno, arts. 1.595 e 1.597; Código Civil argentino, art. 778; Código Civil português, art. 784º; Código Civil paraguaio, art. 591, 2ª parte; Código Civil de Quebec, art. 1.572 ("À défaut d'imputation par les parties, le paiment est d'abord imputé sur la dette échue. Entre plusieurs dettes échue l'imputation se fait sur celle que le débiteur a, pour lors, le plus d'intérêt à acquitter. À intérêt égal, l'imputation se fait sur le dette qui est échue la première, mais si toutes les dettes sont échues en même temps, elle se fait proportionnellement").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e*

suas conseqüências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 43, 1980. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GERI, Lina Bigliazzi, BUSNELLI, Francesco D., BRECCIA, Umberto e NATOLI, Ugo. *Diritto civile*: obbligazione e contratti. Torino: UTET, 1996. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo. *Le attuazione del rapporto obbligatorio*: il comportamento de debitore. Milano: Giuffrè, 1984. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo aplica-se na ausência da incidência dos anteriores.

Aqui a lei busca dar uma solução em favor do devedor, na presunção de que as dívidas mais antigas geram maiores encargos, daí que, na diferença dos termos, dos vencimentos, entender-se-á imputado o pagamento na(s) mais antiga(s), isto é, na(s) vencida(s) há mais tempo.

Se, porém, todas se vencerem no mesmo dia, a imputação far-se-á na mais onerosa, para diminuir os encargos do devedor, como deve sempre ser feito, porque o princípio é o de liberar-se o mais possível o devedor, mediante fazê-lo pagar o mais que possa, com o menor comprometimento de seu patrimônio, para que remanesça a possibilidade de vir a pagar as demais.

CAPÍTULO V
DA DAÇÃO EM PAGAMENTO

Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 995. O credor pode consentir em receber coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 364 (“A obrigação se extingue quando o credor recebe em pagamento uma prestação diferente da devida. Se o devedor, com a finalidade de satisfação do credor, ante ele, assumir um novo compromisso, não será admitido, na dúvida, que assumiu o compromisso em lugar do pagamento”); Código Civil italiano, art. 1.197 (“Prestação em vez de execução — o devedor não se pode liberar satisfazendo uma prestação diferente daquela devida, mesmo se de valor igual ou maior, a não ser que o credor consinta. Neste caso, a obrigação se extingue quando a prestação diversa for executada”); Código Civil paraguaio, art. 598 (*De la dación en pago*), deixando claro ainda no art. 600 que “el mero acuerdo para realizar una dación en pago no extingue la obligación de pleno derecho; pero autoriza al deudor para oponerlo como defensa”; Código Civil argentino, art. 779 (*Del pago por entrega de bienes*); Código Civil português, art. 837º (“Dação em cumprimento” — a prestação de coisa diversa da que for devida, embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der seu assentimento”).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e*

suas conseqüências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. AZARA, Antonio e Eula, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 5. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, 1958 (v. *Datio in solutum*). ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 22, 1980. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GERI, Lina Bigliazzi, BUSNELLI, Francesco D., BRECCIA, Umberto e NATOLI, Ugo. *Diritto civile*: obbligazione e contratti. Torino: UTET, 1996. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo. *Le attuazione del rapporto obbligatorio*: il comportamento de debitore. Milano: Giuffrè, 1984. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: No âmbito da dação em pagamento, estamos diante de uma forma de extinção das obrigações que se dá mediante negócio jurídico entre as partes, pelo qual a prestação originalmente devida é substituída por outra.

Desde logo há que se observar que o texto atual difere bastante do Código anterior (art. 995).

É uma figura em que se encontram muitas divergências doutrinárias sobre os mais variados pontos.

Na Itália chegou-se a discutir a denominação dada pelo Código de 1942, já que a dação não havia sido tratada no Código de 1865, na esteira do Código Civil francês. Assim, o art. 1.197 do Código Civil italiano, de 1942, abandonando a tradição romana que aludia ao instituto da *datio in solutum*, adotou a denominação de *prestazione in luogo dell'adempimento*.

Por outro lado, a doutrina sempre referiu direta, mas impropriamente, às figuras que pareciam próximas de sua estrutura, como a novação e a venda, particularmente.

Se bem que tivesse identidade no interesse econômico das partes, e que se tivesse necessidade de aplicar, por extensão, normas daquelas figuras à dação, a doutrina divisava uma consideração de endereço metodológico de tipo conceitualista, que permitiu o tratamento autônomo da dação em pagamento.

A nova redação do artigo elimina a restrição que havia quanto a não poder tratar-se de prestação em dinheiro, com o que o âmbito de incidência é, agora, muito maior, uma vez que inclui, também, obrigações pecuniárias.

O caráter negocial bilateral é evidente, pois a regra geral nós já vimos no art. 313, ou seja, que: "O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa".

Aqui a prestação *aliud pro alio* provoca a extinção da obrigação em face da concordância do credor em receber o que lhe é ofertado pelo devedor, em substituição do que fora pactuado.

Assim, diz-se que se está diante de figura diversa do adimplemento, no qual o credor não simplesmente aceita, como é obrigado a aceitar o pagamento, tanto que, se o recusa, sofre a consignação em pagamento.

Como visto no art. 334, o adimplemento chega a ser considerado um direito potestativo do devedor em face do credor. Na dação deve haver igualdade de posições para que surja o negócio, ou, como parte da doutrina quer, o contrato. Há, portanto, bilateralidade na emanação das vontades.

Chega-se, pois, a falar em contrato, mas acrescendo o atributo *real*, em função de que só se dá a dação em pagamento com a prestação efetivada. A

denominação real, aqui, é dada pela doutrina para indicar o momento de aperfeiçoamento do contrato, que é o da execução da prestação, que dá o efeito solutório do contrato.

No âmbito do presente artigo o que importa é que as partes chegam ao acordo de vontades no sentido de que prestação diversa será recebida.

Logo, o artigo evidencia a necessidade da complementação legislativa, que se dará com os artigos subseqüentes.

Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 996. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil paraguaio, art. 601; Código Civil argentino, art. 781. Nunca é demais lembrar que o *Esboço* de Teixeira de Freitas (art. 1.117) foi a fonte inspiradora dos Códigos latino-americanos, bem como para a elaboração do art. 996 do Código Civil de 1916.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. AZARA, Antonio e Eula, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 5. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. *Enciclopédia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 11, 1958 (v. *Datio in solutum*). ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens

Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 22, 1980. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GERI, Lina Bigliazzi, BUSNELLI, Francesco D., BRECCIA, Umberto e NATOLI, Ugo. *Diritto civile*: obbligazione e contratti. Torino: UTET, 1996. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo. *Le attuazione del rapporto obbligatorio*: il comportamento de debitore. Milano: Giuffrè, 1984. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Como se disse, esta é uma matéria que envolve muita discussão doutrinária.

Como este artigo mantém integralmente a redação do art. 996 do Código de 1916, pode-se trazer a crítica que Pontes de Miranda fazia ao dispositivo, no v. 25 do seu *Tratado de direito privado*, § 3.000, p. 3:

"Se a dação é *rem pro re*, à troca, e não à compra-e-venda, é que se remete".

Só que o mesmo Pontes, no § 3.001, p. 7, da obra citada, diz:

"1. PRÉ-EXCLUSÕES. Não se pode construir a dação em soluto como compra-e-venda, nem como troca, se *res por re*, nem como contrato inominado...".

Curiosamente conclui, mais adiante, remetendo ao *Esboço* de Teixeira de Freitas, acatando o provérbio que Clóvis trouxe do mesmo Teixeira de Freitas, para justificar o artigo: "*In solutum dare est vendere*".

Anota Pontes que nesse artigo o que se tem de precisar são os casos de dação

em pagamento em que *não* incidem as regras jurídicas sobre a compra-e-venda.

O que se extrai da posição do Professor Agostinho Alvim é que se está diante de um contrato real, como denominado por Pontes, ou seja, em que a tradição é elemento e não mera execução da obrigação contratual, portanto regime jurídico diverso da compra-e-venda.

Assim, aplicável se nos afigura a posição de Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 439), quando diz (tradução livre):

"A natureza contratual da dação em pagamento comporta a aplicação da disciplina geral do contrato, mas sua função solutória e satisfativa requer, enquanto compatíveis, as normas sobre o pagamento.

Como contrato solutório, a dação em pagamento pressupõe a obrigação de extinguir. A falta ou a insuficiência dele configuram, portanto, não-pagamento. A invalidade ou a resolução da relação, por outro lado, comportam o reviver do crédito".

Art. 358. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 997. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil paraguaio, art. 598, 2ª parte ("si lo entregado fueren créditos contra terceros, se aplicarán las reglas de la cesión"); Código Civil argentino, art. 780, inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.118; Código Civil português, art. 840º.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. AZARA, Antonio e Eula, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 5. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.*

Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 11, 1958 (v. *Datio in solutum*). ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 22, 1980. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GERI, Lina Bigliazzi, BUSNELLI, Francesco D., BRECCIA, Umberto e NATOLI, Ugo. *Diritto civile*: obbligazione e contratti. Torino: UTET, 1996. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo. *Le attuazione del rapporto obbligatorio*: il comportamento de debitore. Milano: Giuffrè, 1984. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este artigo tem fonte direta no *Esboço* de Teixeira de Freitas, razão pela qual consta, na seqüência, do Código argentino (art. 780), do uruguaio (art. 1.491, 1ª parte) e, referindo-se a créditos contra terceiros, acabou sendo introduzido no atual Código paraguaio (art. 598, 2ª parte). Na esteira do nosso Código, e antes do que o paraguaio, o Código Civil português, de 1966, acabou introduzindo-o em seu sistema, como art. 840º.

O que se põe, com o presente artigo, é a possibilidade de termos, ao lado da *datio in solutum,* a *datio pro solvendo.*

A questão já fora debatida por Carvalho Santos e por Pontes de Miranda, vindo a ser tratada, dentre nós, também por Antunes Varela.

É que a entrega dos títulos de crédito no lugar da prestação devida pode ser para a extinção imediata da obrigação, com o que corre por conta do credor o risco da cobrança. Aqui, portanto, temos efetivamente pagamento. Mas a entrega dos títulos pode ser, ainda, aceita pelo credor não para a extinção imediata da dívida, mas para facilitar cobrança do seu crédito, com o que a obrigação primeira só vai se extinguindo conforme os pagamentos dos títulos forem sendo feitos. É uma *datio pro solvendo*.

Ainda que pareça uma novação, não é. Aqui a nova obrigação permanece ao lado da antiga, servindo a mais recente como forma mais rápida de realização do crédito da primeira.

Em razão disso o direito português vem distinguindo entre *dação em cumprimento* e *dação em função do cumprimento*. Almeida Costa (*Direito das obrigações*, p. 793 e s.) desenvolve sobre a diferença, remetendo exatamente ao art. 840º, no seu n. I, onde se lê:

"se o devedor efectuar uma prestação diferente da devida, para que o credor obtenha mais facilmente, pela realização do valor dela, a satisfação do seu crédito, este só se extingue quando for satisfeito, e na medida respectiva".

Anota o autor que se está diante de um mandato conferido pelo devedor ao credor para liquidar a coisa ou direito dado *pro solvendo*.

No nosso ordenamento, em face da peremptória classificação, aplica-se o regime da cessão, e esta há que ser a de crédito (arts. 286 a 298).

Como é cessão, que se dá como dação em pagamento, deve-se entender que é a título oneroso, portanto submetida a tal regime, razão pela qual têm aplicação o art. 290, de ordem geral, e o 295, específico.

Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 998. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 365 ("Se uma coisa,

um crédito contra um terceiro, ou um outro direito for dado em lugar da execução, terá o devedor de responsabilizar-se por um vício do direito ou por um vício da coisa, do mesmo modo que um vendedor — *wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache*"); Código Civil italiano, art. 1.197, 2ª parte ("Se a prestação consistir na transferência da propriedade ou de um outro direito, ficará o devedor obrigado à garantia pela evicção e pelos vícios da coisa, de acordo com as regras sobre a venda, a não ser que o credor prefira exigir a prestação originária e a indenização do dano. Em qualquer caso, não se restabelecem as garantias prestadas por terceiros."); Código Civil paraguaio, art. 599; Código Civil argentino, art. 783; Código Civil português, arts. 838º e 839º (este último artigo ainda prevê: "sendo a dação declarada nula ou anulada por causa imputável ao credor, não renascem as garantias prestadas por terceiro, excepto se este conhecia o vício na data em que teve notícia da dação").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. AZARA, Antonio e Eula, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 5. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. *Enciclopedia del Diritto*. Vasere: Giuffrè, v. 11, 1958 (v. *Datio in solutum*). ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 22, 1980. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GERI, Lina Bigliazzi, BUSNELLI, Francesco D., BRECCIA, Umberto e NATOLI, Ugo. *Diritto civile*: obbligazione e contratti. Torino: UTET, 1996. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João

Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo. *Le attuazione del rapporto obbligatorio*: il comportamento de debitore. Milano: Giuffrè, 1984. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1997. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este dispositivo mereceu especial atenção do Professor Agostinho Alvim, na exposição já tantas vezes referida, e que vale a pena transcrever para melhor entendimento:

"Com referência à dação em pagamento, foi conservado o que no Código Civil vem disposto, inclusive a doutrina do art. 998, que vem dividindo as opiniões a partir do direito romano até hoje.

Prescreve o referido texto: 'Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva ficando sem efeito a quitação dada'.

O Anteprojeto de 1941 entendeu ser melhor a doutrina oposta e assim se redigiu o art. 303: 'Salvo convenção em contrário a evicção da coisa recebida em pagamento não importa restabelecer-se a obrigação primitiva'.

Já o Projeto de 1965, no art. 238, adota a doutrina do Código.

O assunto, como se vê, tem-se mostrado controvertido, razão por que sustentaremos o ponto de vista que nos parece aceitável e foi adotado.

O problema é saber se a dação envolve ou não envolve novação.

Se envolve, verificada a evicção da coisa recebida, não há mais motivo para o restabelecimento da obrigação anterior, extinta pela novação.

Mas se a dação não envolve novação, ocorrida a evicção o negócio volta ao estado primitivo, porque o credor nada recebeu.

Para chegar ao resultado oposto ao prescrito no Código Civil, é indispensável admitir que pela dação em pagamento se nova a obrigação, daí a conclusão de que se extinguiu em definitivo.

Nós pensamos que a dação não envolve novação: doutrina do Código, e igualmente do Anteprojeto.

Os contratos, em sua maioria, aperfeiçoam-se no instante em que as partes assumem a obrigação (*ex. gr.* a compra e venda. Código Civil art. 1.122, *in verbis* 'se obriga').

A dação em pagamento, porém, que é de natureza contratual, classifica-se como contrato real (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*).

Donde se conclui que a *traditio* é elemento do contrato, e não mera execução.

Suposto que certa *datio in soluto* se completa com a entrega de uma coisa por outra; e suposto, portanto, que o pensamento se efetuou, surge a pergunta: a dação em pagamento envolve novação?

Na realidade, antes da entrega de uma coisa por outra terá havido acordo para a sua substituição.

E esta nova obrigação, alguns instantes que tenha durado, terá existido como obrigação novada segundo muitos.

Na frase de Planiol '...cette nouvelle créance n'a auré qu'un instant... mais la rapidité des opérations qui se suscedent n'en change pas la nature' (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, n. 523, 7ª ed., e assim muitos outros autores, notadamente Aubry et Rau, porventura os mais invocados neste particular).

A controvérsia vem de longe, pois, em direito romano, se a coisa dada *in soluto* fosse evicta, a obrigação anterior, não obstante, considerava-se extinta segundo Ulpiano (*datio*, envolvendo novação).

Segundo Marciano, porém, a obrigação anterior convalescia.

Texto de Ulpiano, na parte de maior interesse. 'Et videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum'.

Em vulgar: 'Il paroit que du moment qu'il a acquis le domaine de la chose engagée, l'obligation du gage est éteinte et que les parties se sont retirées du contrat' (Ulot, *Les Cinquente Livre du Digeste*, II, pg. 302, ed. 1804).

Texto de Marciano, no trecho que mais interessa: 'Si quis aliam veni pro alis volent solverit, et evicta fuerit res, manet pristins obligatio' (D. 46, 3, fls. 46 pr).

Em vulgar: 'Si quelq'un a payé au créancier, de son consentement une chose pour une autre, et que la chose vienne être évincée, l'ancienne obligation subsiste' (Ulot, obr, cit., VII, pg. 153).

A torrente dos autores franceses, *la tres grande majoria des auteurs*, na expressão de Baudry, ensina que a dação em pagamento envolve novação (Aubry et Rau, Planiol, que aliás sustentou o contrário em suas primeiras edições, Josserand Radouant, *in* Planiol et Ripert, etc.).

Esta doutrina, porém, não teve a mesma acolhida na Itália, onde Giorgi ensina o contrário (*Teoria delle Obbligazioni*, vol. VII, n. 300, 2ª ed.). Ele excetua o caso em que a coisa dada seja um crédito, *debitum pro debito*, e explica a razão.

Também na Bélgica a teoria dos autores franceses não foi acolhida por um dos mais ilustres civilistas contemporâneos (Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, III, n. 563).

Em Portugal, idêntica é a posição de Cunha Gonçalves, em seu *Tratado de Direito Civil Português*.

Na própria França, uma grande reação se esboça na obra dos irmãos Mazeaud, Henri, Leon et Jean (*Leçons de Droit Civil*, II, n. 893 e sg.), os quais afirmam que a dação não envolve novação. Sem esquecer os trabalhos anteriores, de Georges Mar e de Ségogne, tão elogiados por Espínola, *Garantia e Extinção das Obrigações*.

Entre nós, insurgiu-se contra a teoria francesa Carvalho de Mendonça, o civilista, como se vê em *Direito das obrigações*, I, ns. 336 e 339, 2ª ed., mais tarde apoiado por Clóvis, obs. ao art. 998 do Código Civil, e por Pontes de Miranda, ob. cit., § 3.000, n. 2.

Como já dissemos, nós pensamos que a dação em pagamento não envolve novação.

Não há dúvida que antes da tradição da coisa a obrigação terá existido como modificada, ainda que por alguns instantes.

Mas tal modificação é meio, e não fim.

Para que houvesse novação, seria preciso o elemento volitivo, isto é, que as partes tivessem querido a novação, enquanto que, na dação, o *animus* não é o de novar e sim o de pagar.

A mudança do objeto da obrigação, ou, em melhor técnica, do objeto da prestação, acusa uma metamorfose necessária para atingir o fim colimado, que não é o de continuar a existência da obrigação, já agora modificada, e sim o de fazer que lhe cessem os efeitos pelo pagamento.

Quando Carvalho de Mendonça escreveu, ele amparou a sua doutrina em sólidos argumentos, inclusive no Projeto de Código Civil de Beviláqua.

Parece-nos, pois, que o melhor a fazer é conservar a orientação do Código, cuja regra confere com a do art. 2.096 de Código Civil do México — veja-se a

exposição do Prof. Rafael de Pina (*Elementos de Derecho Civil Mexicano*, III, ed. 1960), pág. 26 a 29".

A tais ensinamentos comporta acrescer a posição de Antunes Varela em face do nosso art. 998 do Código de 1916 (*Das obrigações em geral*, p. 205):

"Uma outra ocorrência que pode perturbar a dação em pagamento é a de ser alheia a coisa entregue ao credor e o seu dono vir reivindicá-la das mãos deste.

É a hipótese explicitamente prevista no art. 998, segundo o qual se restabelecerá nesse caso a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada.

O restabelecimento da obrigação primitiva envolve a idéia de que renascem, a favor do credor, não só o direito à prestação, mas também as garantias e acessórios do crédito, sem exceção das garantias prestadas por terceiro (16) salvo no que respeita à fiança (art. 1.503, III).

A solução do art. 998 deve ser aplicada, extensivamente ou por analogia, a todos os casos restantes em que o credor seja privado da prestação efetuada pelo devedor em lugar da prestação devida.

(16) A solução consagrada no art. 998 afasta-se tanto da que aceitou o Código alemão (§ 365), como da que foi consagrada no Código italiano de 1942.

Segundo o direito alemão, a evicção da coisa dada em pagamento obriga o devedor a prestar garantia da evicção, como se fosse um vendedor. O direito italiano (art. 1.197, II e III, do Cod. Civile) também concede ao credor, em semelhante hipótese, a garantia da evicção, mas reconhece-lhe, além disso, a faculdade de preferir a prestação primitiva, com indenização de perdas e danos. O que o Código italiano expressamente afasta, em qualquer dos casos, é o renascimento das garantias prestadas por terceiro.

O direito brasileiro não manda aplicar a garantia por evicção, a despeito da equiparação estabelecida no art. 996 entre a dação e a compra e venda, mas também não elimina, no renascimento da obrigação primitiva, as garantias prestadas por terceiro, salvo no que respeita à fiança e à abonação".

Há evidente diferença mesmo entre os textos dos Códigos referidos por Varela, razão pela qual a doutrina respectiva desenvolve de outra maneira, o que torna inaplicável tal doutrina ao nosso sistema.

CAPÍTULO VI
DA NOVAÇÃO

Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 999. Dá-se a novação:*

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

CÓDIGOS STRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.271 (prevê ainda regras específicas quanto à expromissão e à delegação, nos arts. 1.274 e 1.275); Código Civil suíço, art. 116 do Livro V (prevê a hipótese de novação nas contas correntes: "O lançamento das diversas parcelas em uma conta corrente não tem como conseqüência uma novação. Deve-se admitir, contudo, uma novação, quando o saldo for extraído e reconhecido"); Código Civil italiano, arts. 1.230 (novação objetiva) e 1.235 (novação subjetiva, a qual deverá obedecer às regras contidas nos arts. 1.268 a 1.276 — Capítulo VI — "Da delegação, da expromissão e da assunção"); Código Civil chileno, arts. 1.628 e 1.631; Código Civil argentino, art. 801 (especificadamente os arts. 814 e 815 são semelhantes ao inciso II do nosso art. 360); Código Civil paraguaio, art. 602 (no art. 607 prevê que "se um novo devedor substitui o originário, observar-se-ão as normas relativas à delegação e expromissão"; no caso da novação subjetiva ativa prevê, no art. 608, que "haverá novação por substituição do credor somente se houver o assentimento do devedor e contrato entre o credor precedente e o credor que o substitui"); Código Civil português, arts. 857 (novação objetiva) e 858 (novação subjetiva); Código Civil de Quebec, art. 1.660; Código Civil russo, art. 414.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro:

Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1979. DINIZ, Maria Helena. "Novação". *Revista de Direito Civil*, n. 5, jul./set. 1978; *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Curiosamente a novação já foi citada anteriormente, em

especial para distinção de outros institutos e figuras jurídicas precedentes.

No Direito Romano, em razão da pessoalidade, tínhamos o vínculo como imutável, sem, portanto, a possibilidade das modificações, das transformações das obrigações.

Em razão dessa estrutura, o mundo negocial requeria criações que permitissem a agilidade, a circulação das obrigações, porque, como anota Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, v. 25, § 3.018, p. 67), tinha-se de extinguir parcialmente a relação jurídica, ou alguma dívida secundária, para que se pudesse fazer a modificação, até que se chegou a admitir a extinção do primeiro vínculo por eficácia do negócio jurídico novo, com o conteúdo modificado. O que o autor atribui a Pompônio, com posterior adoção por Paulo, seguindo-se Papiniano.

Maria Helena Diniz, na *Revista de Direito Civil* n. 5, de jul./set. 1978, no artigo "Novação", faz considerações históricas, com apoio em Colin e Capitant, Soriano Neto, para concluir com Serpa Lopes, o qual, na 6ª edição, 1995, de seu *Curso* (v. 2, p. 236), diz:

"207 — *A novação no direito romano*. ...a novação, por ser de caráter liberatório, foi imaginada como um meio de operar a transferência da obrigação, pelo fato de produzir a extinção do direito creditório. Tal é o que resulta da conhecida definição de Ulpiano, nestes termos: *novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio e translatio; hoc est, cum ex proecedenti causa, ita nova constituatur, ut prior perimatur*. Essa definição traduzia bem o instituto, tal qual era concebido no direito romano. *Transfusio e translatio* correspondiam exatamente aos dois termos, nos quais se resumia a novação romana: *stipulatio debiti. Transfusio*, porque efetivamente dava-se uma *transfusão* da dívida, que se lançava no molde da *stipulatio*, para revesti-la dessa forma nova; *translatio*, atento a que o *debitum*, o *idem debitum*, transferido e transfundido, subsistia sob esta forma, da qual se revestia mediante o emprego das palavras solenes...".

Já Pontes de Miranda afirma em contrário, dizendo que na concepção romana havia certa contradição entre transfusão ou translação, e extinção, mas os juristas modernos tentaram conservar a alusão, porque "Viram na novação persistência, na dívida nova, da matéria jurídica da antiga, ou transfusão da causa ou do conteúdo, ou conexão de matéria. Mas tal romanização é de repelir-se".

Para ele a novação ou provinha de negócio jurídico ou da lei, como efeito da litiscontestação, cujo efeito corresponderia hoje à propositura da ação. Depois há que se observar que no Direito moderno, como afirma Pontes, não há razão para se socorrer da novação quando se queira modificar o crédito, porque não há

obstáculo na alteração sem conservação da identidade da relação jurídica, conforme o que dispunha o Código Civil de 1916, nos arts. 999 e 1.001 a 1.008, que equivalem aos atuais 360, e 362 a 367.

O fato é que ao chegar ao mundo contemporâneo a novação conserva para a doutrina uma série de discordâncias.

Assim é que Orlando Gomes, na 7ª edição, 1984, de *Obrigações* (Capítulo 15, p. 162 e s.), após incluí-la entre os modos de extinção das obrigações, dotado de particular relevo e função, mostra que, na sua evolução, tendo nascido como meio exclusivo para a mudança do lado passivo, viu seu prestígio decrescer em razão dos novos institutos de transmissão ativa e passiva das obrigações. A tal ponto se chegou que o Código italiano, ao contemplar a novação subjetiva, não o faz na parte tocante à extinção das obrigações; remete de imediato para as figuras de delegação, expromissão e do "accollo", o que faz com que a doutrina estude a figura completamente em apartado da novação objetiva. Já o alemão nem a regulou como figura autônoma. Daí afirmar que no nosso Direito só interessa em razão da ausência de regulação da assunção de dívida.

Convém lembrar que o Código Civil francês, ao dispor sobre a novação, o fez em ambos os aspectos, isto é, subjetivo e objetivo, o que foi aceito, portanto, no Código italiano de 1865. Novação subjetiva é a que tem alteração do credor, ou do devedor, e objetiva, aquela cuja alteração está em elemento da relação jurídica que não seja sujeito.

Ora, atualmente temos no novo Código o tratamento específico da assunção de dívida, e é importante frisar que Agostinho Alvim, na sua exposição de motivos, já citada (p. 30), expressamente disse:

"A novação, como observa Karl Larenz, é instituto de importância reduzida no direito moderno.

Não obstante, foi mantida a regulamentação constante do Código Civil, com ligeiras modificações, como resulta do confronto dos textos".

É de observar, porém, que extracódigo o sistema alemão acabou disciplinando a novação.

Não obstante a doutrina germânica tratou de distinguir a novação do contrato de transformação de dívida, como se vê de Enneccerus, Kipp e Wolff (*Tratado de dereho civil*, trad. esp., p. 370), daí fixar o conceito:

"Novación es la extinción contractual de una obligación existente por virtud de la constitución de una nueva obligación abstracta".

Fica claro, portanto, e desde logo, que a moratória não se considera novação, na medida em que a obrigação continua sendo a mesma, só se alterando o termo

do vencimento. Não se extingue a obrigação original para criar outra. A mesma obrigação continua existindo, somente não se considerando o termo prefixado como o da exigibilidade. Por isso mesmo não se tem alteração, exceto previsão expressa de lei, ou das partes, como ocorre com o art. 838, I, quanto ao fiador que desconhece a concessão de moratória para o devedor.

O elenco de hipóteses fixado pelo dispositivo evidencia diferenças. O inciso I diz que se cria nova obrigação para extinguir e substituir a anterior, mas parte da doutrina entende que *a intenção não é extinguir para criar, mas criar para extinguir,* como expressamente sustenta Orlando Gomes.

Pontes já afirma que "Não se pode dizer que a novação teve o efeito de extinguir a dívida; a novação é modo de extinção de dívida. A nova dívida é posterior, mas constituir-se e extinguir foram num só instante: extinguiu, constituindo-se; constituiu-se para extinguir".

Assim, inexistiriam dois momentos, mas um só, com efeitos concomitantes, posição esta que coincide com a de Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 444, nota 6), que diz que os efeitos são indissoluvelmente conexos, em face dos quais não se pode presumir uma ordem de importância. O que se dá relevo é ao fato de o efeito extintivo ser desejado pelas partes.

Rui Geraldo Camargo Vianna, em sua monografia *A novação,* p. 17, afirma, sem fazer a referência *supra,* que o efeito preponderante da novação é o de extinguir.

Cabe lembrar que, por se tratar de um negócio jurídico que as partes celebram, necessário se faz que sejam capazes para tanto, sendo que alguns doutrinadores contemporâneos, como Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz, esta, no artigo retrocitado, p. 39, entendem que não basta a capacidade genérica, mas há que existir a capacidade específica para transigir.

É de observar que transação é figura distinta da novação, não podendo ser tomada como espécie daquela, para se falar naquela capacidade específica, *data venia*.

Como o inciso I mantém a identidade dos sujeitos, não se tem novação subjetiva, e sim objetiva.

Fica evidente que às partes moveu o mesmo ânimo, o denominado *animus novandi,* com o qual acabam por criar, voluntariamente, nova obrigação, distinta da anterior, o *aliquid novi.*

Já o inciso II se refere especificamente ao âmbito subjetivo, razão pela qual a doutrina o qualifica como de novação subjetiva. No presente inciso a alteração que se cria é no plano passivo, do devedor.

Aqui começa a ficar claro o porquê da referência de Orlando Gomes condicionando a autonomia do tratamento legislativo da novação à ausência de regulação da assunção de dívida.

Como observa Rui Geraldo (*A novação*, p. 40):

"No que se refere à novação passiva ela se realiza por dois modos: a *expromissão*, na qual o novo devedor contrai a nova dívida sem ou até contra o consenso do anterior (*ignorante* ou *invito debitore*); a *delegação*, operada com o consentimento do devedor, isto é, por ordem do devedor da obrigação anterior".

Como foi visto nos comentários aos arts. 299 a 303, dentre as formas de assunção de dívida estudadas pela doutrina, mas concernentes a textos legais estrangeiros, temos referências exatamente às figuras da *expromissão* e da *delegação*.

Convém, pois, lembrarmos o que lá já havíamos salientado quanto às críticas pela não-inclusão dessas figuras no âmbito da assunção de dívida:

Nem sempre a modificação subjetiva no pólo passivo tipifica assunção de dívida, é o que deixa claro Pietro Perlingieri, em seu *Manuale di diritto civile*:

"Le modificazioni del soggetto passivo del rapporto prevedono sempre la partecipazione, contrattuale (delegazione ed espromissione) e no (accollo), del creditore. Si ha delegazione quando un soggetto A (delegante) conferisce ad un altro soggetto B (delegato) l'incarico di assumere o estinguere, con effetto sul suo patrimonio, il debito nei confronti di un terzo C, creditore originario (delegatario). Nella delegazione siffatta vicenda modificativa si realizza, normalmente, mediante un collegamento negoziale. Il delegato, obbligandosi (1.268) nei confronti del creditore ad adempiere (contratto di assunzione delegatoria del debito altrui), attua la c.d. delega conferita gli dal delegante, ed assume il debito dello stesso verso il creditore originario (ossia attua il rapporto di valuta). L'assunzione delegatoria del debito altrui è, pertanto, un contratto con causa c. d. (IV, 22), da rinvenirsi nell'indicato mandato (c. d. iussum delegatorio).

Le ragioni che inducono il delegato (mandatario) ad accettare di svolgere per conto del debitore originario (mandante) questo tipo di cooperazione gestoria vanno individuate nei rapporti (interni) che egli ha con il delegante (c.d. rapporto di provvista); ragioni che possono essere relegate tra i motivi — quando non sono richiamate nel contratto di assunzione (in tale ipotesi la delegazione è pura rispetto al rapporto di provvista) — o possono assurgere a coelemento causale dello stesso contratto delegatorio, qualora siano richiamate in quest'ultimo (in tale ipotesi la delegazione è titolata rispetto al rapporto di provvista)" (p. 275).

Assim, as observações críticas que Luiz Roldão fez à posição de Pontes de Miranda, e que referimos acima, no que tange à pretensa confusão da assunção de adimplemento com a assunção de dívida, devem ser lembradas para os que não distinguiram a efetiva figura de assunção de dívida adotada pelo Código, que exige a concordância do credor, além da prévia concordância do devedor e do assuntor, das de outros sistemas, que têm tipificação distinta, e não foram por isso incluídas. Convém trazer outro trecho muito ilustrativo de Perlingieri:

"Si distingue dalla figura della delegazione c.d. di debito (*delegatio pro mittendi*) sinora descritta la delegazione c.d. di pagamento (*delegatio solvendi*), nella quale il delegante può far semplicemente effettuare dal delegato, sempre con effetto sul suo patrimonio, una prestazione al delegatario. Come nella ipotesi di adempimento del terzo (1.180) (retro, 54), nella delegazione di pagamento il delegato effettua il pagamento senza essere debitore dell'*accipiens* (non assumendo — come nella delegazione *promittendi* — l'obbligo, nei confronti del delegatario, di adempiere). Diversa è, tuttavia, la giustificazione causale cui è imputato il pagamento: nell'adempimento *ex* art. 1.180 il *solvens* adempie come terzo, giustificando il suo pagamento con il rapporto di valuta che intende soddisfare; nel pagamento effettuato *ex* art. 1.269, il *solvens* si qualifica (non come terzo, ma) come delegato e cioè giustificando il pagamento con il c.d. *iussum* delegatorio (mandato)" (p. 276-277 do *Manualle di Diritto Civile*).

"Per il principio di conformità dell'accettazione alla proposta contrattuale (IV, 25) la delegazione di debito liberatoria si attua mediante una proposta di assunzione condizionata alla liberazione del debitore originario, seguíta dall'accettazione del delegatario (incorporando, questa, la dichiarazione liberatoria del debitore originario)" (p. 277).

A importância maior que se põe é a de distinguir claramente a assunção de dívida de figuras que em muito se parecem com ela; é, aliás, o que já observara Rubens Limongi França, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 14, p. 191, ao se referir à cessão de débito, que é outra denominação de assunção de dívida:

"Trata-se, em rigor, de substituição em a mesma relação jurídica, pois, caso contrário, haveria novação. E é condição de sua eficácia o consentimento do credor.

A possível distinção teórica, entre a novação subjetiva passiva e a cessão de débito, consiste justamente em que naquela a dívida anterior se extingue, para ser substituída pela subseqüente; enquanto que nesta é a mesma obrigação que subsiste, havendo mera alteração. Na pessoa do devedor.

A conseqüência primordial resultante da distinção é que na novação,

desaparecendo a dívida anterior, perecem as garantias e acessórios do crédito assim novado".

É de lembrar que o eminente Professor Limongi França, ao lado do Professor Silvio Rodrigues, sempre foi opositor da introdução da figura autônoma da assunção de dívida, preferindo que se tratasse de novação subjetiva...

Tendo em vista que se vem referindo a situações diferentes, como todas integrantes do tipo assunção de dívida, particularmente à luz do Direito alemão, convém trazer observação aguda do mestre espanhol Diez-Picazo, em *Fundamentos del derecho civil patrimonial*:

"El cambio de la persona del deudor es un asunto que no afecta exclusivamente al antiguo y al nuevo deudor. ...El cambio afecta también a los titulares pasivos de obligaciones accesorias (fiadores, avalistas, etc.), puesto que para ellos no es lo mismo garantizar o responsabilizarse del cumplimiento de una persona o de otra.

(...)

El Derecho Moderno, sin embargo, va mucho más allá y reconoce que por contrato un nuevo deudor puede subentrar en el lugar del antiguo deudor, manteniéndose intacta la identidad de la obligación. Este contrato, que es un contrato puramente modificativo, lo puede celebrar el deudor que subentra, bien directamente con el acreedor o bien con el antiguo deudor, pero en este caso necesita para su validez la adhesión del acreedor. La deuda se traspasa al nuevo deudor tal y como se encontraba en cabeza del antiguo. Por consiguiente se transfiere con todas sus excepciones y con todos sus accesorios.

El Código Civil alemán (párrafos 414 y sgtes.) acepta en lo fundamental la concepción de Windscheid y regula con carácter unitario el contrato de asunción de deuda. La deuda puede ser asumida por un tercero mediante un contrato celebrado con el acreedor, de forma que el tercero se subroga o se coloca en la posición jurídica que tenía el anterior deudor. Si la asunción de la deuda es pactada con el tercero por el deudor, su eficacia depende de la aceptación del acreedor. La deuda asumida no es una obligación distinta, sino la misma que pesaba sobre el antiguo deudor. Por consiguiente, el tercero que asume la deuda puede oponer al acreedor todas las excepciones que se deriven de la relación jurídica anteriormente existente entre acreedores y deudores. La asunción de deuda es liberatoria en todos aquellos casos en que el acreedor consiente en adquirir un derecho contra el nuevo deudor dejando al antiguo descargado. En cambio, es cumulativa cuando el acreedor adquiere el derecho contra el nuevo deudor pero conserva al mismo tiempo el que tenía contra el acreedor

primitivo”.

Outro aspecto que merece atenção é o suscitado por Maria Helena Diniz, em seu *Curso de direito civil*: teoria geral das obrigações, p. 424, ao se referir à posição de Silvio Rodrigues, anterior ao texto aprovado do novo Código Civil, admitindo que o consentimento do credor poderia ser tácito quando o credor recebesse um pagamento parcial, ou de juros, ou praticasse qualquer ato que induzisse aceitação da transferência do devedor.

Essa posição é aparentemente acolhida por Arnaldo Rizzardo.

Na verdade, o que se está querendo admitir é o que Paulo da Motta Pinto descreveu em sua obra, ao lado da declaração tácita, como comportamento concludente (*Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995).

Partindo das idéias de Karl Larenz sobre os comportamentos expressivos, podem-se distinguir situações em que, mesmo sem manifestações orais ou escritas, tem-se comportamentos que comunicam vontade de contratar.

Logicamente a aceitação de pagamento significa aceitação expressa, não tácita, dentro da visão acima exposta.

Antonio da Silva Cabral, em *Cessão de contratos*, teceu considerações sobre o projeto, na forma como aprovado na Câmara Federal, e que nessa matéria não sofreu alterações, nem na numeração dos artigos. Suas observações, principalmente destinadas ao aperfeiçoamento do então projeto, merecem ser lembradas quanto à pretensão atual de modificação de dispositivos, sob a alegação de que houve omissão no tratamento da assunção de dívida. Diz esse autor (p. 219-220):

“Questão delicada a respeito da assunção de dívidas é a relativa às formas pelas quais se pode levar a efeito o negócio entre as partes. São elas a) a primeira modalidade consiste na efetivação de negócio jurídico levado a efeito entre o antigo devedor e o novo, com anuência posterior do credor: ...Os autores portugueses costumam distinguir, neste ponto, entre promessa de liberação e contrato em favor do credor. Em se tratando de promessa de liberação, que alguns também denominam assunção de cumprimento, a convenção produz seus efeitos apenas entre o devedor e o terceiro, ou seja, nenhum laço jurídico se estabelece entre o novo devedor e o credor... No caso de contrato em benefício do credor, que é uma forma de contrato em favor de terceiro, o credor adquire o direito de exigir o cumprimento da obrigação pelo terceiro. (O autor remete a Carlos da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual* e M. J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações.*)

...O projeto exige o consentimento expresso do credor e... Não há, pois, presunção de aceitação tácita; b) a segunda modalidade de assunção de dívidas consiste em o novo devedor contratar diretamente com o credor a assunção de dívidas do antigo devedor, com ou sem o consentimento deste. Trata-se da utilização da *delegatio*, ou seja, o devedor primitivo incumbiria um terceiro de solver a obrigação para com o credor, o que pode ocorrer pela novação, em que a obrigação para com o credor ficaria extinta com relação ao primitivo devedor e a nova relação obrigacional se estabeleceria entre o terceiro e o credor; ou mediante o instituto da solidariedade, em que o terceiro se juntaria ao primitivo devedor para a solução da dívida. Poderia ocorrer, também, mediante o expediente da *expromissio*, isto é, o terceiro tomaria a iniciativa de ir até o credor e assumir a dívida do devedor primitivo, sem o concurso da vontade deste último. *As várias maneiras apontadas nesta letra* b *não foram previstas no Projeto, possivelmente porque já estariam previstas indiretamente, já que se trata de expediente utilizando institutos já existentes como o mandato, a novação etc. Creio que, na hipótese de o novo Código ser aprovado com a redação do Projeto, essas modalidades não estarão vedadas desde que o credor dê seu consentimento expresso*".

Ora, o que o inciso II está prevendo é novação subjetiva, não assunção de dívida. Como lembra Orlando Gomes (*Obrigações*, p. 166):

"A *expromissão* e a *delegação* de efeitos novatórios não se confundem com os institutos que, sob a mesma denominação, se acham regulados em certas legislações como formas da sucessão singular no débito. ...Outrora só se admitia *delegação com novação*. Hoje é reconhecida a autonomia da delegação, como instituto independente. Coexistem na lei, *delegação sem e com efeito novatório*. Para distingui-las, denomina-se *perfeita* a *delegação* que se apresenta como um dos modos da *novação passiva*, e imperfeita, a que se cumpre sem extinção da obrigação do *delegante*. A distinção interessa pela diversidade dos efeitos das duas modalidades".

Bem por isso procedia a crítica de Pontes à redação do inciso quando fala que o novo devedor *sucede.* A sucessão é típica da transmissão da mesma obrigação, enquanto na novação isso não se dá.

O que se tem no presente inciso é, pois, figura de delegação, da delegação denominada perfeita, matéria já supra-referida.

Quanto ao inciso III, temos a novação subjetiva ativa, uma vez a que alteração que se dá na nova obrigação é exatamente quanto ao sujeito ativo, ao credor.

Tanto quanto referimos no inciso anterior que não se está diante de assunção

de dívida, aqui não se está diante de cessão de crédito, como não se está diante de sub-rogação. Nestas duas últimas figuras há a transmissão da mesma obrigação, já aqui há o nascimento de nova obrigação, porque o novo credor não tem o mesmo direito que o antigo, mas só o novo, e a partir do seu nascimento.

Ainda que não prevista no Direito positivo italiano, a novação subjetiva ativa é tratada pela doutrina. Bianca, em nota de rodapé, remete à lição de Nicolò, em que este autor, na obra *Il negozio delegatorio*, é muito preciso, explicando o seguinte:

"...si ha delegazione di credito (attiva) quando un creditore deleghi al debitore un terzo a ricevere... tale delegazione fa leva su un rapporto preesistente che è quello fra delegante e delegato, rapporto che viene posto in evidenza e in funzione del quale opera la delegazione...".

Art. 361. Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.000. Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.273; Código Civil argentino, art. 812; Código Civil paraguaio, art. 603; Código Civil português, art. 859º; Código Civil de Quebec, art. 1.661.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. "Novação". *Revista de Direito* Civil, n. 5, jul./set. 1978; *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira

de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3 e v. 7. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Com o ânimo novativo, expresso neste artigo, quer-se dizer que o fim precípuo das partes é extinguir a obrigação; portanto não é mero efeito legal, mas o objetivo direto das partes. Não se pode, pois, pretender que tal efeito seja obtido mediante regras de interpretação objetiva, mas que decorra explícito da vontade das partes.

Fica claro que o ânimo de novar é imprescindível para a tipificação da novação, tanto quanto se tem claro que há de existir uma obrigação, que será objeto de extinção, denominada *obligatio novanda,* que caracteriza o *prius debitum*, o débito anterior, para que a nova seja criada.

A caracterização do ânimo de novar tem que ver com a criação de uma

obrigação substancialmente diversa, e não com obrigação idêntica, e meros acessórios diversos.

A identificação do ânimo de novar está ligada à legislação sobre provas, com suas variações temporais, mas o certo é que não se requer o uso das expressões específicas — “novar”, “novação”, ou “nova” — mas sim que se manifeste a criação de uma obrigação cuja existência vai ocorrer após a extinção da anterior, e que seja claramente incompatível a convivência de ambas.

Assim, meras aposições, como garantias, ou novas garantias, não alteram a obrigação, tanto quanto a de modo.

Já a alteração da *causa debendi* importa novação, porque houve, aí, substancial modificação do regime jurídico, como se terá no caso, por exemplo, de obrigação originária de doação transformar-se em obrigação nova de venda e compra.

Bem por isso, será que não se pode descartar, até, a novação de dívida prescrita, como observou Ruy Cirne Lima, em parecer publicado na *Revista de Direito Civil*, n. 28, p. 173-174, interpretando o art. 1.001 do Código de 1916, em que cita no sentido contrário a lição de Jorge Giorgi?

O fundamento do Professor Cirne Lima é:

“...A mesma causa lícita originária que legitimaria o pagamento (art. 970 do CC), legitima, penso, a espontânea constituição *ex novo* da obrigação de executá-lo. ...*eam stipulationem similem esse solutioni* (fr. 31, § 1m D., 40, 2)...”.

Deve-se observar que o art. 970 do Código de 1916 foi mantido no atual como art. 882, permanecendo o fundamento no direito positivo.

Porém há que se conhecer por que Giorgi efetivamente nega a possibilidade de novação, que se tem na sua obra *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, no v. VII, p. 438:

“Entendámonos bien, por otra parte. Nosotros no negamos, a quien no esté forzado por ninguna obligación civil, la facultad de obligarse voluntariamente, con relación a un tercero, a requerimento de un bienhechor, o de un Ticio cualquiera para con el que se encontrara ligado por deudas morales o de conciencia. Dueño de hacerlo; pero haciéndolo así, no efectuaría ciertamente una novación, porque no extinguiría una deuda que exista civilmente; no liberaría a nadie, porque nadie estaba ligado. Crearía una nueva obligación civil, que surgiría por espíritu de liberalidad, o una donación causal o remuneratoria”.

Numa visão mais positivista, realmente não há que se falar em novação de dívida prescrita, visto que novação se dá com o pagamento de dívida válida e

eficaz, e a prescrita não é dotada de eficácia, porque o sistema não lhe confere meios de cobrança.

Art. 362. A novação por substituição do devedor pode ser efetuada independentemente de consentimento deste.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.001. A novação, por substituição do devedor, pode ser efetuada independente de consentimento deste.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.274.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. "Novação". *Revista de Direito Civil*, n. 5, jul./set. 1978; *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora —

pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Uma das características distintivas dessa novação subjetiva em relação a outras figuras, cuja tipologia parece similar, está em que não se requer o consentimento de todas as partes, no caso do devedor substituído.

Isso, aliás, permite que no nosso sistema se fixe que não se está diante de um contrato plurilateral, em que o consenso é elemento imprescindível.

Daí decorrer a observação de Rui Geraldo Camargo (*A novação*, p. 17), quando aplaude a posição de Pontes na crítica à impropriedade da expressão "contrato de novação".

Aqui há que se ter muito cuidado em face da doutrina estrangeira, visto que nos principais autores se encontra a referência ao contrato de novação, como se vê reiteradamente de Bianca, por exemplo, à p. 453 de seu *Diritto civile*: l'obbligazione: "La novazione è un contratto solutorio a titolo oneroso".

No Direito italiano, o art. 1.235, único específico e nominado sobre a novação subjetiva, expressamente remete para os artigos relativos à delegação, expromissão e *accollo*, o que permitiu, inclusive, a afirmação de Magazzù, citado em nota de rodapé por Bianca, na obra supracitada, p. 628, de que não mais há espaço para a novação subjetiva como figura negocial autônoma.

No caso do dispositivo, temos tipificada a expromissão, ou seja, terceiro se apresenta para responder pela dívida, liberando o primitivo devedor, o que é aceito expressamente pelo credor. Presente nesse consentimento, portanto, o *animus novandi*. Como ocorre o pagamento, este é liberatório do devedor primitivo, razão pela qual no presente caso não se tem a aplicação do brocardo

“res inter alios acta, aliis nec prodest nec nocet”, ou seja, que o negócio entre terceiros nem ajuda, nem prejudica. No caso, libera o devedor.

Art. 363. Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.002. Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.276; Código Civil italiano, art. 1.274; Código Civil argentino, art. 816; Código Civil de Quebec, art. 1.663.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. “Novação”. *Revista de Direito Civil*, n. 5, jul./set. 1978; *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun.

1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo é conseqüência lógica do anterior, pois em razão de a relação negocial ser entre o novo devedor e o credor, resulta que, no caso de insolvência desse novo devedor, o risco é todo do credor, não havendo possibilidade de imputação de qualquer responsabilidade ao devedor originário.

Aliás, o dispositivo mantém sintonia com o disposto no art. 296, já que ali a regra geral é de que o cedente não responde pela solvência do cedido.

O ponto-limite em todos esses dispositivos está na boa-fé, pois sua ausência implica, sim, responsabilidade.

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.003. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário.*

Art. 1.004. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar a hipoteca, anticrese ou penhor, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro, que não foi parte na novação.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, arts. 1.232 e 1.275; Código Civil chileno, arts. 1.644 e 1.647; Código Civil argentino, arts. 803 e 804; Código Civil paraguaio, art. 604; Código Civil português, art. 861º; Código Civil de Quebec, art. 1.662.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. "Novação". *Revista de Direito Civil*, n. 5, jul./set. 1978; *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro*

interpretado. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este dispositivo confirma a regra de que o acessório segue o principal, na sua primeira parte, e, na segunda, a de que "res inter alios acta, aliis nec prodest nec nocet".

Veja-se que, ao extinguir a obrigação anterior, logicamente tal extinção atinge seus acessórios.

A doutrina costuma alinhar várias situações que são atingidas, o que, em princípio, é desnecessário, mas não deixa de ser útil. Como são quase sempre os mesmos efeitos os especificados, citaremos parte dos expostos por Serpa Lopes (*Curso de direito civil*: obrigações, p. 248-249), que são basicamente os mesmos citados por Carvalho de Mendonça, o civilista, Soriano Neto e Rui Geraldo Camargo. Os que deixamos de incluir referem-se a outros dispositivos expressos, que, por isso, são objeto de análise nos mesmos, como já foi o art. 363, e serão os arts. 365 e 366. Assim, dos oito elencados trazemos cinco, que são os seguintes:

"1º) imediata paralisação dos juros inerentes ao débito extinto;

2º) desaparecimento do estado de mora em que porventura se encontrasse o devedor;

3º) a extinção de todos os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário, o que importa no desaparecimento automático das garantias reais, hipotecárias, pignoratícias e anticréticas, cauções e garantias fidejussórias (Cód. Civ., art. 1.003), sendo certo que não aproveitará ao credor ressalvar a hipoteca, anticrese ou penhor, se os bens dados em garantias pertencerem a terceiro, que não foi parte na novação (Cód. Civ., art. 1.004);

5º) extinção da ação de resolução ligada a obrigação anterior, em virtude de carecer de objeto;

6º) em geral o devedor, ou novo devedor, perde o benefício de todas as exceções resultantes da obrigação antiga".

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

CÓDIGO DE 1916: Art. 1.005. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado.

Parágrafo único. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, arts. 1.280 e 1.281; Código Civil italiano, art. 1.233; Código Civil chileno, art. 1.645; Código Civil argentino, art. 810; Código Civil paraguaio, art. 605; Código Civil de Quebec, art. 1.664.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. "Novação". *Revista de Direito Civil*, n. 5, jul./set. 1978; *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. v. 13. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo é resultado da fusão do art. 1.005 com seu parágrafo único do Código de 1916.

Como, por força do art. 278, nenhuma obrigação adicional entre um dos devedores solidários e o credor pode agravar a posição dos demais devedores solidários sem o consentimento expresso destes, este artigo mantém coerência com aquele, bem como com o art. 285, pois a nova obrigação nascendo da vontade exclusiva do co-devedor só a ele pode afetar.

Mantém, ainda, coerência com o art. 364.

Se a obrigação anterior ficou extinta, e era nela que os co-devedores haviam prestado garantias reais, ou concedido preferência, com a extinção dela, que é principal, as garantias e preferências, que são acessórios, também ficam extintas.

Cabe lembrar que Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, p. 205-207) suscitava dúvida quanto à extinção da obrigação para os demais co-devedores, a partir de disposição referente aos credores, o antigo art. 900, correspondente ao atual 269. Rui Geraldo reporta-se ao problema, também, à p. 61 de seu *A novação*.

Dizia Carvalho Santos que a doutrina de Soriano Neto, que teria apoio em Giorgi, era a de que, no caso de obrigações indivisíveis, não se daria a liberação,

por uma questão de eqüidade.

Mas Carvalho Santos trazia também que a doutrina alemã e a austríaca eram a favor da extinção mesmo nas obrigações indivisíveis, porque era o efeito da novação. Citava o seguinte trecho de Hasenoehrl e Windscheid:

"Ora, se o credor, tendo direito de cobrar de cada um dos devedores a dívida toda, faz com um deles novação, é natural e razoável que os outros fiquem desobrigados" (Código Civil brasileiro interpretado, p. 207*).*

Há que se observar que Giorgi (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, p. 510-511), sem ressalva quanto à divisibilidade ou não da obrigação, é peremptório em admitir a extinção da obrigação para os demais devedores, ao comentar o art. 1.276 do Código Civil italiano de 1865, que equivale ao art. 1.233 do Código de 1942:

"435. ...la novación efectuad pen las obligaciones solidarias entre el acreedor y uno de los deudores. Caso muy excepcional regido exclusivamente por el art. 1.276 de nuestro Código, correspondiente al art. 1.280 del Código Napoléon. ...realizándose la novación entre el acreedor y uno de los deudores *in solidum*, los priviletios y las hipotecas del crédito anterior pueden ser reservados únicamente sobre los bienes del que contrae la nueva deuda. Es una consecuencia de la doctrina de Pothier, adoptada por los redactores del Código Napoleón, a la que es forzoso sucumbir aunque no sea persuasiva...".

Conclui-se, pois, com Pontes de Miranda, que a eficácia é simétrica à eficácia do adimplemento, portanto, que a liberação dos demais co-devedores é por completo, em face da nova obrigação nascida para extinguir a em que havia a garantia ou fora dada a preferência.

Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.006. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.281; Código Civil chileno, art. 1.649.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos

(coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. "Novação". *Revista de Direito Civil*, n. 5, jul./set. 1978; *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo é mera conseqüência do que já se expôs nos artigos antecedentes. Ressalte-se que quase todos os comentaristas, nacionais e estrangeiros, comentam a hipótese junto com a anterior, como se fosse parte dela.

A regra é a de que as garantias, inclusive a pessoal da fiança, prestadas por terceiro só podem existir na nova obrigação se houver nova manifestação de consentimento dos garantidores.

Aliás, como observamos no art. 360, se a simples moratória, que é muito menos do que a novação, libera o fiador, conforme previsão expressa do art. 838, I, com maior razão a novação feita sem o seu consentimento.

Art. 367. Salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.007. Não se podem validar por novação obrigações nulas ou extintas.*

Art. 1.008. A obrigação simplesmente anulável pode ser confirmada pela novação.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, arts. 1.234 e 1.276; Código Civil chileno, art. 1.630; Código Civil argentino, art. 802; Código Civil paraguaio, art. 606; Código Civil português, art. 860º.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. "Novação". *Revista de Direito Civil*, n. 5, jul./set. 1978; *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira

de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*: pagamento — mora — pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A questão da nulidade e da existência tem sido objeto de estudos doutrinários muito intensos. Torquato da Silva Castro Júnior, na apresentação do trabalho a ser publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco*, sobre a *Teoria das nulidades no direito privado*: a explicação pragmática, faz as seguintes observações iniciais:

"O estudo ora proposto põe-se diante da pergunta: que sentido há em distinguir ato jurídico nulo de ato jurídico inexistente? Todo jurista educado na tradição do direito privado romanista, ao menos uma vez a certa altura de sua formação, vê-se afligido pelo problema.

Trata-se de uma temática formal, de método; mais uma temática de método, entre tantas já tão batidas.

(...)

Essa espécie de dualismo categorial (validade x existência, ou nulidade x inexistência) é realmente útil para a solução de problemas da dogmática?

(...)

Uma teoria jurídica, supõe-se, pela sua capacidade de 'produzir', ou 'justificar' uma prática desejável. Se isto for assumido como verdadeiro, certas teorias jurídicas simplesmente não são justificáveis. E quanto às teorias justificáveis? Para que permaneçam justificáveis, é necessário supô-las determinando a prática. Resta saber como uma teoria justificável 'constitui' a prática jurídica justificada.

As contraditórias explicações teóricas sobre o fenômeno jurídico da nulidade são sobremodo interessante para esse questionamento, pois parecem, quando reciprocamente excludentes, necessariamente levar a práticas distintas e também reciprocamente excludentes. Ou seja, os juristas discutem se há diferença entre um modelo ou outro de teoria supondo que isso vai dar nalguma diferença prática relevante. Na verdade, as teorias servem a um propósito deliberado, mais ou menos explícito, que lhes é anterior e que é também, numa circularidade típica da *petitio principiis*, justificado por ela.

Em relação às nulidades, dar-se-iam as coisas como em relação aos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade: pressupostos diferentes, soluções necessariamente diferentes.

(...)

Quando imaginamos, inicialmente, a hipótese de uma 'pragmática das nulidades', pensamos que a expressão, como título de um trabalho, jamais poderia encabeçar um estudo sério (...).

Há algo nesse tema que o torna ridículo, não só porque apresenta uma *contradictio in terminis*, como porque, já pelo hermetismo, ele aparenta dizer absolutamente nada. Essa, entretanto, é exatamente sua maior qualidade. O tema das nulidades é mesmo o nada.

O problema está em que 'pragmático' diz respeito àquilo que é prático, diz respeito a algum 'uso' de algo, a uma ação. E a nulidade, por seu lado, é a própria 'substância do nada'. A expressão 'pragmática das nulidades', então, não pode deixar de soar deveras como uma espécie de 'teoria do uso do nada'. Um absurdo inútil.

'Pragmática das nulidades', todavia, quer significar também 'teoria do emprego da [palavra] nulidade' (no nosso caso especificamente em relação ao direito). Desta última forma é que deve ser entendida a temática proposta.

(...)

Se, sob o prisma estrito da perspectiva interna do sistema, as nulidades são resíduos mal explicados (comparar a redundância do art. 145 do CC diante do teor do art. 82 do mesmo CC), sob o prisma da práxis elas representam o modo próprio de ordenar um procedimento e de apresentar textualmente esse mesmo procedimento, que consiste ele próprio num jogo lingüístico e numa forma de violência simbólica ao nível da possibilidade do uso atual dos signos empregados na expressão das normas.

Para nós, na perspectiva pragmática, as nulidades se constituem, nos seus diversos graus, como procedimentos de negação. Como tal, são reações comunicativas que se verificam caracteristicamente na comunicação do direito. Não apenas respostas concretas e individuais, mas também respostas gerais, procedimentalmente fixadas.

As nulidades são reações a uma pretensão comunicacional. A reação se justifica seja por conta da pluralidade de sentidos dos signos, seja por conta do descumprimento que sempre se verifica mesmo diante de significados compreendidos. Elas instrumentalizam a desconfirmação de determinadas pretensões normativas por parte de quem funcionalmente tem o poder para tanto. Essa rejeição semântica é uma função indispensável da experiência jurídica e uma de suas características mais peculiares.

Os diferentes níveis e modos de rejeição ou negação de pretensões normativas (expressas em termos de estipulações semânticas) apenas indicam os diferentes matizes da resposta.

Há algo em comum entre idéia de nulidade e a imagem metafórica do ‘miolo do pote’...: em ambos os casos, dá-se um nome ao nada.

(...)

O toque ridículo no nome de pragmática das nulidades surge de uma certa pré-compreensão acerca dos dois conceitos enlaçados. Sob outros ângulos, desaparece o ridículo. E de fato muitos entre os juristas, lógicos e matemáticos não terão visto ridículo algum no título que propusemos.

(...)

O tema da nulidade, não por acaso, é um tema jurídico. Não é preciso resolvê-lo cognoscitivamente. É, sem embargo, também um tema lógico, como é um tema matemático. Também nesses casos não é necessário resolvê-lo cognoscitivamente...”.

Cabe ainda observar que o Código adotou a denominação de invalidade do negócio jurídico em contraposição a nulidade, e no comentário ao art. 166 nos

referimos às manifestações doutrinárias que permitem melhor avaliar as ponderações retro expostas.

Logo, fica claro que não se admite como válido ânimo expresso de novar obrigação nula ou extinta, porque jamais se admitirá que a nula seja convalidada, e se for entrevista diferença na extinta, a impossibilidade está na função da novação, que se destina a extinguir obrigação preexistente. Não é possível, portanto, porque obrigação não há para ser extinta.

Quanto às meramente anuláveis, o texto do artigo admite, e Arnaldo Rizzardo (*Direito das obrigações*, p. 408) explica que é por ser possível sua plena convalidação.

Dúvida pode surgir quando a obrigação nova é que pode ser anulada; aí há que se admitir que houve inequívoco ânimo de novar, uma vez perfeitamente válida a obrigação anterior?

Essa questão tem implicação direta quanto aos efeitos.

Rui Geraldo (*A novação*, p. 30), dizendo-se apoiado na melhor doutrina, entende que, se o devedor anular a nova obrigação, sabendo o credor dos vícios, mas mesmo assim tendo aceito, deve-se entender operada a novação, com o que não reviverá a anterior.

Pelo visto, Antunes Varela faz parte da pior doutrina, porque diverge, frontalmente, como se vê da p. 220 de seu *Das obrigações em geral*:

“73. Cont. III) Invalidade da nova obrigação.

Pode também suceder que... venha a ser anulada a nova obrigação, contraída em substituição da anterior.

É o caso de o novo devedor ser incapaz ou de o devedor ter efetuado a novação sob coação ou por dolo do credor e ter obtido a anulação do ato.

Nesse caso, seja qual for a responsabilidade em que o credor possa incorrer perante o devedor, renasce a antiga obrigação. Se a causa da extinção dela foi a constituição da nova obrigação, desde que esta foi declarada nula ou anulada, a obrigação antiga não pode deixar de renascer, com todas as suas garantias e acessórios”.

Parece lógica tal conclusão, pois além do mais a novação é um negócio eminentemente causal.

É de acrescer que o Código Civil português dispõe nesse sentido, como se vê do seu art. 806º, n. 2.

Sustenta Silvio Rodrigues também que a obrigação prescrita pode ser convalidada, porque entende ser obrigação válida, no que é acompanhado por

Rui Geraldo, posição que Clóvis sempre inadmitiu, bem como Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, p. 153), para quem a novação de dívida prescrita é, em verdade, renúncia da prescrição.

Esta posição é duramente criticada por Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, v. 25, § 3.024, p. 95 e s.), que a atribui a Laurent. Afirma Pontes que pode a dívida prescrita ser novada, porque dívida existe, apenas não é eficaz. Mas quem solve dívida prescrita não renuncia à prescrição, somente deixa de opor a exceção substantiva.

A questão permite enfoque um pouco diverso, pois, se a lei confere a possibilidade de se convalidar o negócio anulável, que signifca defeito no plano mais elevado da validade, por que não se pode admitir a mesma subsunção para os de eficácia limitada ou contida, como são os prescritos?

Na verdade, a dívida prescrita não é absolutamente ineficaz, visto que, se paga, não enseja a repetição, o que significa um efeito garantido pelo sistema.

Não se tem, portanto, obrigação extinta, que é o tipo previsto no dispositivo.

CAPÍTULO VII
DA COMPENSAÇÃO

Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.009. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.289 (dispondo ainda no art. 1.290 que “a compensação se opera de pleno direito pela simples força da lei, mesmo contra a vontade dos devedores; as duas dívidas se extinguem, reciprocamente, no momento em que sucede existirem ao mesmo tempo, até o limite dos seus valores respectivos”); Código Civil alemão, § 389 (*Aufrechnung* — “A compensação dá lugar a que os créditos, tanto quanto se cubram, se considerem como extintos desde o momento em que eles, aptos para a compensação, sejam opostos um ao outro”); Código Civil suíço, art. 124 do Livro V; Código Civil italiano, art. 1.241; Código Civil português, art. 847º, 1ª alínea (“Quando duas pessoas sejam reciprocamente credor e devedor, qualquer

delas pode livrar-se da sua obrigação por meio de compensação com seu credor, verificados os seguintes requisitos...”); Código Civil chileno, art. 1.655; Código Civil argentino, art. 818; Código Civil russo, art. 409; Código Civil de Quebec, art. 1.672.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de

Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A compensação, como instrumento legal, surgiu de forma lenta no Direito Romano, pois que só era admitida por convenção das partes, e a compensação imposta pelo juiz desenvolveu-se tardiamente, em razão da rigidez do procedimento das denominadas *legis actiones*, que obedeciam ao princípio da unidade da questão posta em juízo, o que inibia qualquer possibilidade de alegação e acatamento judicial da compensação.

Com o desenvolvimento do procedimento formular o obstáculo desapareceu. Mas a evolução foi lenta, pois até o século II, d.C., a compensação não era admitida senão em hipóteses limitadas.

Só com o advento da época clássica, quando se desenvolveu o procedimento extraordinário, é que a compensação ganhou foros de autonomia, desprendendo-se da exceção de dolo.

Na elaboração do Código Napoleônico a compensação é introduzida como um pagamento duplo, operando de pleno direito, mas sem que houvesse precisão das condições em que devia fazê-lo, particularmente sem fixar princípios e enfrentar o possível prejuízo a terceiros. Por isso coube à doutrina e à jurisprudência ampliar e justificar uma compensação mais ampla, à margem do Código.

De outro lado, a compensação no Direito alemão foi introduzida como um privilégio outorgado ao credor, como uma garantia.

O instituto da compensação é uma das maiores contribuições do Direito para a vida econômica, particularmente na atividade bancária e das bolsas de valores. Ainda que concebida como um duplo pagamento, em função da reciprocidade das obrigações entre as partes, ela acaba indo além, por exigir que as dívidas respectivas sejam fungíveis e da mesma espécie, para que se possa operar a subtração jurídica, abstrata e matematicamente satisfatória, como refere a doutrina francesa, apresentada por Guy Duboc, em *compensation et les droits des tiers*.

Diz o referido autor que se o domínio da compensação é ineludível e sensivelmente reduzido pela relação que mantém com o pagamento, há que se ver que tem um porte muito maior, pois ela se apresenta emblematicamente

implicando numa garantia estranha ao próprio conceito de pagamento.

Por isso se apresenta como um modo de pagamento e uma técnica de garantia, sendo que esta depende da solvência do devedor. Esses dois componentes não podem ser reduzidos a um só. Se bem que o pagamento e a garantia tenham um fim comum, que é assegurar a execução de uma obrigação, diferem entre si, pois a garantia real implica um direito de preferência oponível a outros credores do devedor, e até mesmo, em certos casos, oponível a terceiros reivindicantes de direitos reais sobre o bem objeto da garantia, e assim assegurar um pagamento privilegiado ao credor.

Em decorrência da distinção desses dois efeitos, o Direito alemão vê a compensação, antes de tudo, como uma garantia oponível à massa, em caso de falência do devedor, enquanto o Código Civil francês, ao contrário, define a compensação como um duplo pagamento automático, operando "de pleno direito por força de lei, mesmo desconhecido pelos devedores", mas que não pode prejudicar os direitos adquiridos por terceiros.

A posição privilegiada, supra-referida, é bem explicada por Henri de Page, em *Traité élémentaire de droit civil belge*, p. 617-618, n. 617, C, que diz que a compensação atribui a um dos credores, se o devedor se encontrar insolvente ou em dificuldades, obter solução do seu crédito diretamente, sem que tenha de pagar seu débito e vir a sujeitar-se a um concurso de credores.

Na sua introdução no Direito brasileiro a compensação foi mais referida pelo efeito prático e imediato que causa: a extinção recíproca das obrigações entre pessoas que são devedoras uma da outra.

Daí o dispositivo em exame disciplinar exatamente com esses dizeres, embora a redação tenha sido muito mais sintética do que a que Teixeira de Freitas apresentou no seu *Esboço*, art. 1.158:

"Art. 1.158. Haverá compensação, quando duas obrigações se extinguirem no todo ou em parte, pelo motivo de concorrerem mutuamente nas mesmas pessoas as qualidades de credor e de devedor".

Portanto, a compensação prescinde da efetivação de dois pagamentos, e de maneira muito mais rápida e econômica regulariza a situação de ambas as partes. A compensação é lógica, útil e rápida. A isso se pode acrescer a observação de De Page (*Traité élémentaire de droit civil belge*, p. 617, B) de que a compensação tem uma função de eqüidade, porque estabelece uma igualdade entre as partes que poderia ser alterada se uma delas fizesse a cobrança e, quando a outra fosse fazê-lo, com certo retardo, viesse a encontrá-la insolvente. Aí a igualdade das partes estaria rompida; e a compensação enseja a recíproca e

imediata extinção de ambas, até seus respectivos valores, de forma eqüitativa.

Classificação da compensação em *legal, voluntária* e *judicial.*

Legal, tradicionalmente, diz-se a que resulta de forma direta da lei, ainda que contra a vontade de uma das partes, com a vantagem de prevenir e evitar litígio entre elas. É de observar que descabe a declaração de ofício pelo juiz, mas, uma vez alegada pela parte, a que convenha, e declarada judicialmente, seus efeitos retroagirão à data em que se verificou a reciprocidade das dívidas. Portanto, a legal não decorre de efeito direto e imediato da lei, mas é um direito a ser invocado pela parte interessada, que, se comprovados os requisitos, implica decisão vinculada do juízo.

A compensação *voluntária* depende da convenção das partes, com o que pode ser fixada até para dívida não exigível, como diz Karl Larenz (*Derecho de obligaciones*, p. 438):

"Para la validez de este contrato de compensación sólo se requiere que ambos créditos existan y vayan dirigidos a la obtención de prestaciones homogéneas, y que cada parte contratante pueda disponer del crédito que ofrece en compensación (por tanto, no es necesario que sea acreedora".

Na hipótese da voluntária, sua eficácia dar-se-á no momento fixado pelas partes.

Quanto à *judiciária*, não é reconhecida pela unanimidade doutrinária. Na verdade, depende da lei, para que o juiz a declare, ou, se a alegação envolve obrigação ilíquida, que o juiz determine a compensação quando tornar-se líquida. Corrente doutrinária chegou a vinculá-la à reconvenção, que não é um requisito, ou elemento de validade da compensação, pois pode ser argüida em defesa. Cabe enfatizar, ainda, que defesa não é exceção.

Segundo Euclides de Mesquita, em *A compensação no direito civil brasileiro*, p. 62, para a maioria da doutrina, o nosso Código acabou acompanhando o Napoleônico no tratamento da questão, entendimento do qual ele discorda, apoiando (p. 68 da obra citada) a posição sustentada por Pontes de Miranda em seu *Tratado de direito privado*, v. 24, p. 326, onde afirma ser de origem híbrida: francesa, suíça e alemã, que nos parece correta.

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.010. A compensação efetua-se entre dívidas*

líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.291; Código Civil alemão, § 387 (“pressupostos — se duas pessoas deverem, uma a outra, prestações que, pelo seu objeto, sejam da mesma natureza, poderá cada parte compensar o seu crédito contra o crédito da outra parte, desde que possa exigir a prestação a ela devida e que possa realizar a prestação a que está obrigada”); Código Civil suíço, art. 120 do Livro V (“quando duas pessoas deverem, reciprocamente, importâncias em dinheiro ou outras prestações que são, pelo seu objeto, da mesma espécie, poderá, qualquer um, compensar a sua dívida, sempre que ambos os créditos estejam vencidos, com o seu crédito”); Código Civil italiano, art. 1.243, 1ª alínea (interessante ainda citar a opção do legislador do Código Civil italiano, que, em seu art. 1.243, 2ª alínea, adota uma solução intermediária quanto à exigência da liquidez das dívidas para compensação, permitindo esta mesmo não sendo líquida uma das dívidas, mas desde que sua liquidação seja fácil e rápida. Assim, o inconveniente de se admitir a compensação de dívida ilíquida é praticamente superado para que as partes se beneficiem da compensação — “*Se il debito opposto in compensazione non è liquido* ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all’accertamento del credito opposto in compensazione”); Código Civil português, art. 847º, alíneas 1ª, 2ª e 3ª (“...requisitos: a) ser o seu crédito exigível judicialmente e não proceder contra ele excepção, peremptória ou dilatória, de direito material; b) terem as duas obrigações por objecto coisas fungíveis da mesma espécie e qualidade; 2. se as duas dívidas não forem de igual montante, pode dar-se a compensação na parte correspondente”. Na alínea 3ª, dispõe também o Código Civil português: “*A iliquidez da dívida não impede a compensação*”); Código Civil chileno, art. 1.656; Código Civil argentino, arts. 819 e 820; Código Civil de Quebec, art. 1.673 (na segunda parte do artigo, prevê o Código a possibilidade de liquidação judicial prévia para efetuar a compensação: “Une partie peut demander la liquidation judiciaire d’une dette afin de l’opposer en compensation”).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro:

Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O Código de 1916 dispunha expressamente e de forma a definir o que é obrigação líquida, como se via do art. 1.533, ou seja, certa quanto a sua existência e determinada quanto ao seu objeto.

Na doutrina estrangeira verifica-se que a ambos os requisitos constantes do artigo anterior são acrescidas à certeza e à liquidez a exigibilidade e a autonomia

das relações obrigacionais.

Referindo-se à certeza, Bianca dá como excludente da tipificação a condição, bem como que a obrigação não seja objeto de poder discricionário ou de fatores objetivamente incertos. O ter sido contestada também exclui, para Clóvis.

Esclarece Bianca que a jurisprudência incluiu, ainda, os requisitos do trânsito em julgado, ou a ausência de contestação em processo, salvo se já houver prova documental segura (da liquidez).

Euclides de Mesquita cita Carvalho de Mendonça, o civilista, com opinião em sentido contrário a tais exigências jurisprudenciais. Ao analisar diversas posições, acaba por adotar a de Lacerda de Almeida, que é a seguinte:

"A dívida pode ser contestada sem deixar de ser líquida. O líquido exprime atualmente o valor determinado. 'Dívida líquida diz-se aquela cuja importância se acha determinada, art. 765 do Cód. Civ. Port. O ser contestada a dívida nunca serviu de obstáculo à compensação, uma vez que tenha valor determinado: reduz-se o caso a uma questão de prova, a resolver-se pelos meios gerais, e vencida esta pela sentença, que reconhece a dívida, declarada está a compensação, a qual se retrotrae ao tempo do vencimento daquela: dá-se a compensação legal".

Acresce sua argumentação com a citação do art. 120, 2ª parte, do Código Federal Suíço das Obrigações e do § 390 do BGB.

Parece correta essa posição, pois a liquidez é matéria de fato submetida ao juízo que é o mesmo que deve declarar a compensação.

Vencidas são as dívidas cujo termo foi alcançado, ou aquelas cujos impedimentos jurídicos ao exercício do crédito tornaram-se insubsistentes.

Clóvis diz que as obrigações naturais, as condicionais, as de prazo, cujo termo suspensivo não ocorreu, e as contestadas não são exigíveis, portanto, não são vencidas.

Coisas fungíveis nós já vimos no art. 85, só que, aqui, ainda que não haja qualquer adjetivo outro aposto, há uma conseqüência lógica, é como diz Pontes de Miranda, no seu *Tratado de direito privado*, v. 24, p. 349: "...a fungibilidade entre as coisas fungíveis, a co-fungibilidade, a inter-fungibilidade, fungibilidade bilateral. Não basta que as dívidas, que correspondem ao crédito e ao contracrédito, sejam fungíveis. É de mister que haja fungibilidade entre o que o credor pede e o que o credor tem de prestar".

Euclides de Mesquita (*A compensação no direito civil brasileiro*, p. 80) baseia-se na posição de Soriano Neto, que torna ainda mais clara a acepção que se deve dar ao dispositivo quanto às coisas fungíveis, ali referidas:

“Soriano Neto explica que ‘aí não se leva em conta os caracteres particulares e especiais da coisa, a sua individualidade. Todavia, para a compensação, as coisas fungíveis não devem sê-lo em si; devem elas ser fungíveis entre si, como entenderam Baudry-Lacantinerie et Barde, quando enunciam:

‘deux obligations soient fongibles entre eux, ou, comme on peut dire encore, l’un par rapport à l’autre, c’ est-à-dire que les mêmes choses puissent servir indifèrement à payer l’une ou l’autre des obligations, de telle sorte que, si l’un des débiteurs acquittait réellement as dette, il put ètre contraint de recevior en paiement de as propre créancie les choses mêmes qu’il aurait payées’”.

Art. 370. Embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.011. Embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge.

Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Se há previsão contratual quanto à qualidade, significa que a reciprocidade tem de estar ligada à eqüidade, que se reflete na mesma espécie e mesma qualidade, como também é previsto no art. 847º, n. I, alínea *b* do Código Civil poruguês.

Fica mais fácil a compreensão da identidade de qualidade, quando se se vem falando de fungibilidade (artigo anterior), ao se verificar que se está diante de um elemento de criação da autonomia privada, e que a interpretação a ser dada é específica, distinta da de ordem geral.

Pietro Perlingieri, em *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, p. 82-83, explica bem:

"Il discorso andrebbe approfondito in tutte le sue parti, ma per approfondirlo è necessario creare delle contraposizioni tra questo tipo di fattispecie compensativa volontaria e quello legale e giudiziale; per il momento si può concludere nel senso che nelle fattispecie estintive negoziali l'esistenza delle obbligazioni non è presupposto logico e giuridico essenziale, ma sufficienti sono l'esistenza o la coesistenza potenziali, cioè previste dalle parti stesse. Invece, per le fattispecie estintive non negoziali, l'esistenza dell'obbligazione è fatto

necessario, essenziale, indispensabile per la rilevanza giuridica del fatto estintivo. Ma l'esistenza dell'obbligazione è nozione generica e complessa che merita approfondimenti e che per divenire rilevante dev'essere affrontata non in termini generali, ma in riferimento alle singole obbligazioni. Infatti il diverso modo col quale l'obbligazione, come regolamento, risolve i conflitti d'interessi — diversità espressa nell normativa in cui consiste l'aspetto funzionale del rapporto — è rilevante al fine d'individuare la struttura della fattispecie modificativa e di quella estintiva dell'obbligazione".

Art. 371. O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.013. O devedor só pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.294; Código Civil suíço, art. 121 do Livro V ("o fiador pode recusar a satisfação do credor sempre que, ao devedor principal, couber o direito de compensação"); Código Civil italiano, art. 1.247; Código Civil chileno, art. 1.657; Código Civil argentino, art. 829.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t.

2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui temos uma hipótese que refere a terceiro, excepcionando a regra geral, que sempre fala em partes.

A regra é que a compensação deve operar seus efeitos entre as partes que têm a reciprocidade obrigacional.

O fiador é garantidor do cumprimento da obrigação do devedor, portanto não é devedor por conta própria.

Por essa razão Teixeira de Freitas propunha, nos arts. 1.178 e 1.179 de seu *Esboço*, que o fiador pudesse compensar de forma mais ampla do que a prevista no presente dispositivo.

Clóvis aludia que, quanto ao momento no qual se opera essa hipótese de compensação, não se fala em retroação ao da exigibilidade das dívidas, mas, sim, que ele é determinado quando da invocação pelo fiador.

Houve discussão quanto à natureza da invocação, se exceção ou não.

Propendeu-se para a negativa, pois ao fiador é dado invocar a compensação

em qualquer momento, já que é um garantidor e não devedor.

Há que se observar que o artigo contém duas disposições distintas, uma restritora da compensação pelo devedor, ou seja, evidenciando seu caráter pessoal em face do credor; outra relativa ao fiador, ensejando-lhe invocar compensação da dívida dele, como responsável, com a do credor em face de seu afiançado, exatamente porque é responsável e não devedor originário.

Tal regra está perfeitamente de acordo com o princípio da fiança, pelo qual o fiador pode utilizar-se de todas as exceções e defesas do devedor, conforme previsto no art. 837. Se o devedor tem o direito de compensar sua dívida, não há razão lógica que impeça o fiador de invocá-la, pois, se não pudesse, seria agravado em sua situação, uma vez que teria de pagar o todo para, depois, exercer o regresso contra o devedor.

Art. 372. Os prazos de favor, embora consagrados pelo uso geral, não obstam a compensação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.014. Os prazos de favor, embora consagrados pelo uso geral, não obstam a compensação.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.292; Código Civil italiano, art. 1.244; Código Civil português, art. 849; Código Civil de Quebec, art. 1.675 (“Le délai de grâce accordé pour le paiement de l’une des dettes ne fait pas obstacleà la compensation”).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado*

de derecho civil: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Os negócios benéficos devem ser interpretados restritivamente, não há como ampliar a eficácia do que validamente se limitou.

Prazo de favor é o que, sem se estabelecer moratória, foi livremente concedido pela parte em benefício da outra.

Portanto, se quem concedeu vê vencer dívida sua, em face do beneficiado com sua concessão, não se pode pretender que fique tolhido de invocar a compensação.

Se o beneficiado com a benesse pretender impugnar, haverá mais do que abuso de poder, haverá o exercício claro da má-fé.

Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:

I - se provier de esbulho, furto ou roubo;

II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos;

III - se uma for de coisa não suscetível de penhora.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.015. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:*

I - se uma provier de esbulho, furto ou roubo;

II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos;

III - se uma for de coisa não suscetível de penhora.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.293 ("A compensação tem lugar quaisquer que sejam os fundamentos de uma ou de outra das dívidas, exceto nos casos: 1. De pedido, em restituição, de uma coisa da qual o proprietário foi injustamente despojado. 2. De pedido, em restituição, de um depósito e de um empréstimo para uso. 3. De uma dívida que tem por fundamento alimentos declarados impenhoráveis"); Código Civil alemão, §§ 390, 393 e 394 ("Um crédito, ao qual se pode opor uma exceção, não pode ser compensado" — "Contra um crédito proveniente de um ato ilícito, dolosamente cometido, não é admissível a compensação" — "Sempre que um crédito não estiver sujeito à penhora, não terá lugar a compensação contra o crédito. Contra as subvenções a perceber de caixas de moléstia, de auxílio, de falecimento, particularmente de caixas de corporações operárias, podem, contudo, ser compensadas as contribuições devidas"); Código Civil suíço, art. 125 do Livro V ("Contra a vontade do credor, não podem ser extintas por compensação: 1. As obrigações à devolução de coisas ou à indenização por coisas consignadas, subtraídas antijuridicamente ou retidas de má-fé; 2. As obrigações das quais a natureza particular exige a execução efetiva, ante o credor, como pretensões a alimentos e salários que são necessários, incondicionalmente, à manutenção do credor e de sua família; 3. As obrigações de direito público em favor do Estado, ou das comunas"); Código Civil italiano, art. 1.246 ("A compensação se verifica, qualquer que seja o título de um ou de outro débito, excetuados os casos: 1. Do crédito pela restituição de coisa da qual o proprietário foi injustamente espoliado; 2. Do crédito pela restituição de coisas depositadas ou dadas em comodato; 3. Do crédito declarado impenhorável; 4. Da renúncia à compensação previamente pelo devedor; 5. De proibição estabelecida por lei"); Código Civil português, art. 853º; Código Civil chileno, art. 1.662; Código Civil argentino, arts. 823 e 825.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e*

suas conseqüências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo deixa claro que os requisitos para a compensação são os do art. 369, com o que a causa não é requisito.

Mas determinadas causas, excepcionalmente, obstam a compensação.

O elenco dos incisos I a III, que se mantém o mesmo do art. 1.015 do Código de 1916, não prevê todas as hipóteses impeditivas, como observaram Euclides Mesquita e Carvalho Santos, o que se comprova com a existência do art. 380.

As restrições conferem, basicamente, com as do Código Napoleônico, o que mereceu observação de Guy Duboc (*Compensation et les droits des tiers*, p. 15-16), no sentido de que se podem agrupar as hipóteses de inadmissão em duas categorias: a primeira, fundada sobre a eqüidade, ou na prevalência dos direitos reais sobre os direitos pessoais. São, assim, as que visam proteger o interesse das próprias partes; a segunda visa proteger o direito de terceiros e se explica pela rejeição, pelo Código, da concepção de uma compensação privilegiada.

A primeira é a do art. 373; a segunda, a do art. 380.

Pode-se, porém, de forma geral, aceitar a formulação de Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 489) quando diz serem proibições imperativas, com o que, se forem estipuladas em compensação voluntária, implicarão em nulidade.

Aqui, no presente artigo, estamos analisando hipóteses fundadas na eqüidade, ou na prevalência dos direitos reais sobre os pessoais, portanto, que visam proteger os interesses das próprias partes.

O inciso I prevê hipóteses decorrentes de ilícito, com o que não se pode pretender efeitos como de negócios lícitos, aos quais se destina a compensação. É de observar que no direito anterior ao Código de 1916, era admitida a compensação de dívidas com causa ilícita, sob a previsão de serem da mesma natureza.

No caso do esbulho, a doutrina costumava fundamentar invocando a simetria com o art. 506 do Código de 1916, que consubstanciava a máxima *Spoliatus ante omnia restituendus.*

O artigo referido não foi mantido no novo Código, mas não se pode deixar de entender prevalente a máxima no contexto do § 1º do art. 1.210.

O inciso II prevê hipóteses de natureza diversa. Assim, comodato e depósito são figuras contratuais, que têm na restituição ponto comum. Esta, a restituição, é a obrigação, do comodatário e do depositário, quando do encerramento do contrato. Ora, a vedação que se põe é exatamente quanto a esses personagens, comodatário ou depositário, mesmo porque seria impensável falar em possibilidade de crédito por parte do comodante ou do depositante, dotados do direito de restituição, em face dos que a tanto estão obrigados.

Não há que se confundir eventual direito de retenção do depositário pelos valores líquidos devidos pelo depositante, conforme o *caput* do art. 644.

Quanto ao comodato, há, ainda, a observar que ele se funda na confiança, razão da gratuidade, o que impede imaginar-se a existência de obrigações recíprocas.

Quanto às dívidas alimentares, deve-se lembrar sua função social relevante, como diz Euclides de Mesquita, de suprir as necessidades para a subsistência, razão pela qual há vedação expressa de compensação no texto atual do Código, art. 1.707.

É de verificar que a fundamentação na doutrina francesa e italiana é em razão da impenhorabilidade do crédito alimentar, o que não cabe no nosso sistema, até porque tal fundamento está previsto no inciso III, enquanto os alimentos sofrem vedação expressa no inciso II.

O inciso III, que, como vimos, não abrange os alimentos, é decorrência do próprio conceito de compensação. Se a dívida há que ser líquida e vencida, significa que é dívida que tem de ensejar execução, na qual a penhora representa papel fundamental no desenvolvimento do processo. Ora, se o crédito não vai ensejar a penhora, implica dizer que não vai ensejar execução; logo, não permite invocação de compensação.

Fica claro, aqui, que o inciso remanesceu referindo à figura processual, o que vai contra a orientação geral do Código, além de se saber que o elenco dos bens impenhoráveis é dado pelo Código de Processo Civil, art. 649, e o bem de família, por força da Lei n. 8.009, de 29-3-1990.

Art. 374. A matéria da compensação, no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais, é regida pelo disposto neste capítulo.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.017. As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objeto de compensação, exceto nos casos de encontro entre a administração e o devedor, autorizados nas leis e regulamentos da Fazenda.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro:

Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. CAMPANILE, Vinicius Tadeu. *O instituto da compensação de tributos à luz dos princípios constitucionais, tributários e processuais*. São Paulo: 1995. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 1999. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *Compensação do indébito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 1998. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo foi revogado pelo art. 1º da Medida Provisória n. 104, de 9 de janeiro de 2003, publicada no *Diário Oficial da União* em 10 de janeiro de 2003, com o que entendemos pertinente o conhecimento dos comentários que já havíamos feito e encaminhado para a publicação deste volume.

Este artigo pretendeu inovar profundamente sobre o que se tinha no art. 1.017 do Código de 1916, que estipulava a insuscetibilidade de compensação que não fosse prevista em lei especial.

Essa tinha sido, também, a orientação da comissão elaboradora do anteprojeto, mantida no projeto e aprovada, na Câmara e no Senado, de onde saiu com a seguinte redação e o n. 373:

"A matéria de compensação, no que concerne às dívidas fiscais, é regida pela legislação especial a esse respeito".

Há que se lembrar que à Câmara, pela Constituição, cabia, tão-somente, a apreciação das emendas oferecidas pelo Senado, o qual só havia alterado a redação do dispositivo para incluir, como penúltima palavra do período, *esse*, visto que o texto aprovado pela Câmara foi o original da Comissão, e tinha o n. 374:

"A matéria de compensação, no que concerne às dívidas fiscais, é regida pela legislação especial a respeito".

Porém, na redação final é que veio a ser dada a presente formulação, que vai contra a posição estratificada do crédito fiscal.

A inovação ocorreu por *emenda de redação* do relator na Câmara, na tramitação da redação final do projeto, com apoio em texto de Gabriel Lacerda Troianelli (*Compensação do indébito tributário*, p. 48-52).

Curioso que não tenha havido consulta ao direito estrangeiro, nem à obra monográfica de Euclides de Mesquita (*A compensação no direito civil brasileiro*, p. 124-125), que desde há muito já dizia:

"A disposição do § 395 do BGB confirma o princípio universalmente reconhecido. Revela que a separação dos créditos tributários dos créditos patrimoniais ou contratos 'more civili' do Estado, em matéria de compensação, já é de aceitação universal e inscrito em todas as legislações contemporâneas".

O que se denominou *emenda de redação* teria de estar dentro do que ficou estipulado na Resolução n. 1, de 2000-CN, de 28-1-2000, que deu a seguinte redação ao art. 139-A, no § 1º, da Resolução n. 1, de 1970-CN:

"§ 1º O relator do projeto na Casa em que se finalizar a sua tramitação no Congresso Nacional, antes de apresentar perante a Comissão respectiva seu

parecer, encaminhará ao Presidente da Casa relatório apontando as alterações necessárias para atualizar o texto do projeto em face das alterações legais aprovadas durante o curso de sua tramitação".

Os demais parágrafos se referem ao trâmite desse parecer para a retomada da fase final, o que se deu com a inércia da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que já não contava com a presença do senador Josaphat Marinho.

É mais do que flagrante que o relator cometeu alteração intencional do conteúdo, o que não lhe era dado fazer, adulterando de vedação o regime privado da compensação, para aplicação compulsória quanto à dívida fiscal.

Em primeiro lugar, há que se duvidar da constitucionalidade do artigo, pois o que aí se tem nunca foi *emenda de redação*, mas, sim, substancial adulteração do que não era mais suscetível de ser modificado, pois, como matéria de decisão política, já fora aprovado por ambas as casas do Congresso.

Não há dúvida que a nós, como contribuintes, agradaria, e muito, que a compensação do indébito tributário ficasse imediata e permanentemente submetida ao regime geral do direito privado.

Todavia, para que se chegue a tanto, dever-se-á obedecer a legal e legítimo processo legislativo, que é disciplinado pela Constituição Federal, arts. 61 a 69, não mediante usurpação do poder legislativo, mediante o uso indevido de função formal atribuída restritamente.

O problema maior que se terá é que o texto constante da lei é o que se vê acima, que, efetivamente, cria um conflito de normas bastante grave, pois, a partir das competências, tem-se distinção constitucional. O Direito Civil está na previsão da competência privativa da União, do art. 22, I. A legislação tributária, econômica e financeira é de competência concorrente, do art. 24, I, mas reservada à União a edição de normas gerais, § 1º.

O art. 146, III, *b*, impõe que lei complementar é que discipline normas gerais sobre obrigação, lançamento e crédito tributário. Daí a observação aguda de Estevão Horvath, em artigo constante do 3º volume de *Problemas de processo judicial tributário*, coordenador: Rocha, Valdir de Oliveira, 3º vol., São Paulo: Dialética, 1999, p. 170:

"O que se viu até aqui talvez possa servir como prova de que a lei complementar em matéria tributária teve seu campo de atuação ampliado pela Constituição de 1988, dada a inclusão expressa, no seu texto, de matérias sobre as quais parte da doutrina duvidava devessem ser objeto de serem tratadas com *normas gerais*".

Muito antes da promulgação da atual Constituição, passou a integrar o

sistema nacional o denominado Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172/66, que é lei nacional, no dizer de Aliomar Baleeiro, e não meramente federal, pois veiculado por lei complementar, cujo art. 170 dispõe sobre a compensação como forma de extinção do crédito tributário, remetendo à lei ordinária fixar as respectivas condições.

A Lei n. 8.383/91 veio a fixá-las.

Logo, não se pode admitir a genérica argumentação trazida na fundamentação, quando, até pela mesma editora, sobrevieram os 3º e 4º volumes de *Problemas de processo judicial tributário*, com artigos específicos sobre a compensação tributária, como os de Andrade Martins e Eliana Maria Barbieri Bertachini, no 3º, de 1999, e de Erik Frederico Gramstrup e Hugo Brito Machado, no 4º, de 2000, sem falar que os tribunais superiores jamais acenaram com a inconstitucionalidade dos dispositivos e leis referidas. Até que o presente artigo seja apreciado judicialmente, quanto à sua validade no sistema, surgirão grandes problemas, mesmo porque, até o momento, desconhecemos qualquer medida tendente à declaração de inconstitucionalidade, ou de simples ilegalidade, do dispositivo, que não é fruto dos poderes competentes, segundo o processo constitucional de legislar.

Poder-se-ia imaginar a proliferação de lides tributárias, tão logo iniciasse a vigência do Código se não fosse a referida Medida Provisória, pois quanto a este dispositivo não se conhece, nem no projeto do relator, de alteração de dispositivos, qualquer previsão de correção. Pelo contrário, o que se ouve é a tentativa dos que não poderão se utilizar da adulteração de querer derrubar a medida provisória, por inconstitucionalidade, olvidando-se da inexistência do dispositivo.

Curioso é que, com a superveniência da Lei n. 8.383/91, o artigo na sua redação original podia até ser suprimido no final, já que existente lei expressa, superveniente ao projeto, regulando a compensação tributária; descabia ao Código Civil tratar de matéria estranha a sua competência.

Nem a invocação do art. 110 do CTN, que veda a alteração, a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias.

A formulação do art. 146, III, *b*, explicita a competência sobre os institutos básicos e fundamentais do Direito Tributário, sendo certo que obrigação é reconhecida como instituto do Direito, e não só do Direito Civil, como de há muito já referia Mario Alara.

Art. 375. Não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a excluírem, ou no caso de renúncia prévia de uma delas.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.016. Não pode realizar-se a compensação, havendo renúncia prévia de um dos devedores.*

Art. 1.018. Não haverá compensação, quando credor e devedor por mútuo acordo a excluírem.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 126 do Livro V.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. CAMPANILE, Vinicius Tadeu. *O instituto da compensação de tributos à luz dos princípios constitucionais, tributários e processuais*. São Paulo: 1995. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil*

brasileiro. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo, na verdade, é fruto da unificação dos arts. 1.018 e 1.016 do Código revogado.

A doutrina anterior referia-se à renúncia dizendo-a prévia, ou posterior, como se pode ver de Giorgi (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, p. 97), e de Euclides de Mesquita (*A compensação no direito civil brasileiro*, p. 127).

As hipóteses são distintas e aludem a concretizações diversas.

Na hipótese expressa de renúncia, temos que uma das partes, desde logo, abre mão do direito de invocar a compensação, caso ela venha a ocorrer no futuro das relações obrigacionais entre as partes.

Sua renúncia não implica a necessária correspondência pela outra parte.

Giorgi, na obra supracitada, p. 97, diz que o temor da doutrina quanto à forma de pacto antecipado entre as partes não resultou em concretização, porque praticamente não se teve uso da forma prevista. Lembra que, em casos em que uma das partes tem prestações sucessivas e diferidas no tempo, não há como invocar a compensação, pois seria inviabilizar o contrato.

Daí não ter ocorrido a invocação do pacto na maior parte desses contratos, que passaram a ser muito numerosos.

Por outro lado, houve muita discussão sobre se cabia renunciar a direitos futuros. Euclides de Mesquita remete a José Paulo Cavalcanti, na monografia *Da renúncia no direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1958. Este mestre pernambucano lembra que muitas regras que vedam a renúncia de determinados direitos futuros não o fazem por serem futuros, mas por razões de ordem pública. Como a compensação, aqui tratada, não tem nada que ver com o direito público, conclui o autor que não pode haver restrição à sua renúncia prévia. Comprova

isso ao mencionar os Códigos que adotaram a mesma linha, como o italiano antigo (de 1865), o italiano atual (de 1942), o suíço das obrigações, o argentino e o português, citando diversos autores de renome no mesmo sentido.

Outro problema posto foi o da admissibilidade da renúncia tácita. Euclides de Mesquita chega à conclusão de que a renúncia prévia é sempre expressa, mas logo a seguir diz que raramente é tácita, com base em Soriano Neto. Em sentido contrário, Carvalho Santos e Clóvis.

José Paulo Cavalcanti esclarece que a renúncia não pode ser presumida, mas pode ser expressada tacitamente. Posição idêntica é a de Giorgi, que exemplifica fartamente, e acresce observação importante:

"Los hechos positivos o negativos, de los cuales se puede deducir la renuncia a la compensación, son muy diversos y dependen del sólido principio lógico de contradicción".

O mútuo acordo, em que as partes fazem um negócio jurídico pelo qual decidem não se socorrer da compensação, arcando cada qual com o pagamento de seu débito, muitas vezes ocorre *a posteriori*.

Art. 376. Obrigando-se por terceiro uma pessoa, não pode compensar essa dívida com a que o credor dele lhe dever.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.019. Obrigando-se por terceiro uma pessoa, não pode compensar essa dívida com a que o credor dele lhe dever.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les*

droits des tiers. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 3. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A redação desse dispositivo se deve a Ruy Barbosa, que alterou o texto originalmente proposto, mas a doutrina é quase unânime em criticá-la.

A proposta original de Clóvis tomou como base o art. 122 do Código de Obrigações suíço, e visava as estipulações em favor de terceiro, mas o que resultou no artigo não enseja tal conclusão, pois permite outra, que, todavia, não deve prevalecer.

Vale aqui a observação de Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil*: direito das obrigações):

"Obrigando-se por terceiro uma pessoa não pode compensar essa dívida com

o que o credor lhe dever (art. 1.019). Quem se obriga em favor de terceiro, não se exime de sua obrigação, pretendendo compensar-se com o que lhe deve o credor. Assim deve ser entendido o citado art. 1.019, para evitar discrepância com o art. 1.013".

Não se entende por que foi mantida a mesma redação.

Art. 377. O devedor que, notificado, nada opõe à cessão que o credor faz a terceiros dos seus direitos, não pode opor ao cessionário a compensação, que antes da cessão teria podido opor ao cedente. Se, porém, a cessão lhe não tiver sido notificada, poderá opor ao cessionário compensação do crédito que antes tinha contra o cedente.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.021. O devedor que, notificado, nada opõe à cessão, que o credor faz a terceiros, dos seus direitos, não pode opor ao cessionário a compensação, que antes da cessão teria podido opor ao cedente. Se, porém, a cessão lhe não tiver sido notificada, poderá opor ao cessionário compensação do crédito que antes tinha contra o cedente.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.295; Código Civil italiano, art. 1.248; Código Civil chileno, art. 1.659; Código Civil argentino, art. 826; Código Civil de Quebec, art. 1.680.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa

Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O artigo, na sua primeira parte, tem origem no Código Napoleônico, art. 1.295, como unanimemente diz nossa doutrina.

Na análise do dispositivo correspondente do Código francês, no momento atual, Guy Duboc (*Compensation et les droits des tiers*, p. 26-27) observa que, em virtude da cessão de crédito, o cessionário vai penetrar na relação de direito que unia duas pessoas, cedente e cedido, e destruir, assim, a reciprocidade originária. A relação torna-se triangular; partindo da relação, cedido/cedente, a cessão tem por efeito substituir ativamente o cessionário ao cedente e criar uma nova relação, cedido/cessionário, que se superpõe à inicial.

Com isso, destruindo a reciprocidade original, a cessão impede a compensação que, antes de que aquela nascesse, era possível entre o cedido e o cedente.

Já do estudo da doutrina nacional entende-se que, notificado o devedor, se nada opõe, há que se concluir que renunciou ao direito de compensar seu crédito, se dentro do prazo marcado na notificação.

Caso não haja prazo fixado, surge divergência, como demonstra Euclides de Mesquita, que não aceita a posição de Soriano Neto pela imediatidade da invocação. Bianca (*Diritto civile*: l'obbligazione, p. 501), analisando o Direito italiano (art. 1.248), que é do mesmo teor, também entende que é o momento do nascimento do crédito em face do devedor, portanto, o da notificação. Já Perlingieri admite que possa haver o exercício da pretensão até em juízo.

Como a notificação da cessão é o marco da produção de efeitos (art. 290), Clóvis propôs a segunda parte do artigo, que trata da ausência de notificação, o que nos permite concluir, também, que esse momento da notificação é o termo para a invocação da compensação, para que possa produzir seus efeitos.

Assim é porque, se não há a notificação, o terceiro não tem o dado fático necessário para invocar a compensação contra o que, em negócio a que é estranho, excluiu-se da relação.

Não há, a nosso ver, como pretender que haja postergação do momento de produção de efeitos perante o cedido, que, mesmo ciente da cessão, se omite e, evidentemente, surpreenderá o cessionário quando da cobrança judicial.

Com os deveres que a boa-fé objetiva impõe, no sistema do Código atual, incumbe ao cedido notificado informar prontamente ao novo credor, e não omitir-se para criar um fator surpresa que afete os direitos daquele.

Art. 378. Quando as duas dívidas não são pagáveis no mesmo lugar, não se podem compensar sem dedução das despesas necessárias à operação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.022. Quando as duas dívidas não são pagáveis no mesmo lugar, não se podem compensar sem dedução das despesas necessárias à operação.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.245; Código Civil português, art. 852º; Código Civil chileno, art. 1.664; Código Civil argentino, art. 821; Código Civil de Quebec, art. 1.674.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle*

obbligazioni. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A presente norma é lógica e decorrente do próprio conceito de compensação.

Se fosse admissível onerar a outra parte, não estaríamos buscando compensação.

Há que se louvar a redação deste artigo, pois a de outros países foi muito mais restritiva, referindo-se só às despesas de transporte, como o art. 1.245 do Código

Civil italiano, ou só à diferença do valor do dinheiro de praça para praça.

Perlingieri (*Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, p. 136 e 137) ressalta que este artigo está fundado no critério de exeqüibilidade, que se liga à noção do lugar do pagamento, e não no de exigibilidade, que se liga ao momento do pagamento.

Art. 379. Sendo a mesma pessoa obrigada por várias dívidas compensáveis, serão observadas, no compensá-las, as regras estabelecidas quanto à imputação do pagamento.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.023. Sendo a mesma pessoa obrigada por várias dívidas compensáveis, serão observadas, no compensá-las, as regras estabelecidas quanto à imputação de pagamento (arts. 991 a 994).*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 379; Código Civil alemão, § 396; Código Civil italiano, art. 1.249; Código Civil português, art. 855º; Código Civil chileno, art. 1.663; Código Civil de Quebec, art. 1.677.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ,

Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de Direito Civil*, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A remissão ora feita era expressa no Código de 1916, com menção dos arts. 991 a 994.

A ausência das remissões expressas tem merecido crítica, se bem que não é nada difícil localizar a imputação de pagamento no Código: arts. 352 a 355.

Poder-se-ia dizer que o artigo era desnecessário, mas quiçá sua introdução desde o Código Napoleônico se deva à antiga previsão do Direito Romano de permitir ao devedor escolher a obrigação que quisesse compensar, D. 16, 2, fr. 5, como anota Clóvis.

Na ausência de indicação pelo devedor, ter-se-á a regra impositiva de solução do art. 355, que fixa como sendo a mais onerosa.

Art. 380. Não se admite a compensação em prejuízo de direito de terceiro. O devedor que se torne credor do seu credor, depois de penhorado o crédito deste, não pode opor ao exeqüente a compensação, de que contra o próprio credor disporia.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.024. Não se admite a compensação em prejuízo de direitos de terceiro. O devedor que se torne credor do seu credor, depois de*

penhorado o crédito deste, não pode opor ao exeqüente a compensação, de que contra o próprio credor disporia.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.298 ("a compensação não tem lugar em prejuízo dos direitos adquiridos por um terceiro. Assim, aquele que, sendo devedor, tornou-se credor depois da penhora feita por um terceiro entre suas mãos, não pode, em prejuízo do penhorante, opor compensação"); Código Civil suíço, art. 122 do Livro V; Código Civil italiano, arts. 1.250 e 1.251 ("a compensação não se verifica em prejuízo de terceiros que adquiriram direitos de usufruto ou de penhor sobre um dos créditos"; "quem pagar um débito quando podia invocar a compensação, não poderá mais valer-se, em prejuízo de terceiros, dos privilégios e das garantias a favor do seu crédito, a não ser que tenha ignorado a existência deste por justos motivos"); Código Civil português, art. 851º; Código Civil chileno, art. 1.661; Código Civil de Quebec, arts. 1.681 e 1.682.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni.* Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1991. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DUBOC, Guy. *Compensation et les droits des tiers*. Paris: LGDJ, 1989. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. LIMA, Ruy Cirne. Parecer. *Revista de*

Direito Civil, n. 28, abr./jun. 1984. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1975. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 24. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O dispositivo em análise, no seu primeiro período, se já não existisse desde o Direito Romano, dir-se-ia fruto dos princípios da socialidade e da boa-fé objetiva.

Este primeiro período tem a mesma formulação do art. 1.298 do Código Napoleônico.

Ao examinar o texto do artigo, verifica-se que ele não tem a amplitude que se divisa se isolado o primeiro período, visto que imediatamente ligado a figuras de constrição ou de restrição do crédito, como a penhora.

Guy Duboc (*Compensation et les droits des tiers*, p. 16), analisando o artigo do Código Napoleônico, faz interessantes observações. Diz que a regra posta no artigo não se limita à penhora, mas, sim, que a referência constitui um princípio, uma verdadeira cláusula geral, pelo que se deve entendê-la como abrangente de todo e qualquer crédito que se torne indisponível, em razão de direitos adquiridos por terceiros.

Para ele, em virtude desse princípio é que não se dá a compensação na cessão de crédito não notificada, que vimos no art. 377, na primeira parte. Assim, a compensação, de acordo com o Código Civil francês, não constitui uma garantia; não se pode reconhecer ao devedor/credor um direito de seqüela oponível aos terceiros adquirentes.

A restrição mais sensível ao domínio do instituto da compensação advém da interdição, por este princípio, que um dos devedores invoque num processo de execução coletiva, como se fosse detentor de uma garantia real. Em tais

processos o direito de igualdade dos credores, *par conditio creditoris*, impede qualquer pagamento preferencial em favor exclusivo de um deles.

Assim, as disposições do Código, mui particularmente do princípio da proteção do direito de terceiros, revelam claramente que o legislador quis fazer da compensação um meio de pagamento recíproco, automático e simplificado, e não uma garantia.

Isso não impede que a compensação/garantia seja, também, tratada no Código, mas há que se observar que não poderá prevalecer se conflitar com direitos de terceiros.

Dentre nós, Euclides de Mesquita (*A compensação no direito civil brasileiro*, p. 108 e s.), tratando do art. 1.024 do Código de 1916, adota posição generalizadora, também, ao afirmar que os direitos de terceiros são protegidos em todas as legislações dos povos civilizados.

O argumento que traz em seguida é o de considerar a compensação como um pagamento duplo fictício, pelo que não poderia prevalecer quando impossível de ser efetuado, em razão do direito de terceiros.

Vê-se que a segunda parte do dispositivo é que dá fundamento a essa conclusão.

Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, p. 348) diz que a regra não fica restrita à hipótese de penhora, mas alcança todos os casos em que sejam praticados atos que impeçam o pagamento, porque haverá prejuízo do direito de terceiros.

O que fica claro das manifestações doutrinárias é que a referência a direito de terceiro resulta ou de prévio direito real de garantia ou de constrição patrimonial impeditiva do direito de dispor.

Como em todos os autores há referência à falência, há que se lembrar que é matéria submetida a legislação própria.

CAPÍTULO VIII
DA CONFUSÃO

Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.049. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.300; Código Civil suíço, art. 118 do Livro V; Código Civil italiano, art. 1.253; Código Civil português, art. 868º; Código Civil chileno, art. 1.665; Código Civil argentino, art. 862; Código Civil russo, art. 413 ("extinção da obrigação por coincidência do devedor e credor em uma única pessoa — Uma obrigação termina pela coincidência do devedor e credor em uma única pessoa"); Código Civil de Quebec, art. 1.683; Código Civil mexicano, art. 2.206 ("La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnem en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livr. Jacintho, 1936. v. I. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno*

dell'estinzione nelle obbligazioni. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. PUGLIATTI, Salvatore. *Il transferimento delle situazioni soggettive*. Milano: Giuffrè, 1964. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A confusão, como fica claro do dispositivo, dá-se quando numa mesma pessoa se reúnem definitivamente as posições de credor e devedor.

É uma figura que obteve denominação variada. Assim é que se a vê sob a denominação de confusão, união (Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de derecho civil*, p. 376), reunião (Bianca, *Diritto civile*: l'obbligazione, p. 515), consolidação (Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, p. 158), mas apesar disso, como diz Giorgi:

"En la teoría de las obligaciones la palabra confusión tiene un significado tan determinado y preciso, que cualquiera aclaración seria superflua".

Bianca esclarece que não se deve entender como sendo fruto da coexistência de tais posições, mas a modificação sucessória pela qual o devedor sucede na posição do credor, o credor sucede na do devedor, ou um terceiro sucede na posição de ambos.

Curiosamente Giorgi alude a uma hipótese que diz ser suscitada por escritores, que não identifica, que é a reunião de vários créditos e de várias dívidas em uma só pessoa, o que mal pode figurar entre as causas de extinção, pois é mais um acúmulo de obrigações do que extinção. Mas seria chamada de confusão acumulativa.

Os romanos fixaram que não é a dívida que se extingue, mas que o credor não pode agir contra si mesmo, como devedor, no brocardo que Carvalho Santos reputou notável: "confusio eximit personam ad obligatione, patius quam extinquit obrigationem".

Ainda que tivessem partido do Direito Romano, os franceses nesse ponto acabaram redigindo de forma confusa o art. 1.300 de seu Código, como se pode ver:

"Quando as qualidades de credor e devedor se reunirem na mesma pessoa,

far-se-á uma confusão de direito que extinguirá os dois créditos".

Henri de Page (*Traité élémentaire de droit civil belge*, p. 681) faz crítica a essa redação; para ele a extinção de dois créditos um pelo outro implica *compensação*, não confusão.

Giorgi criticava também a redação dos arts. 1.296 e 1.297 do Código Civil italiano de 1865, porque baseada no francês, dizendo:

"La confusión según ese artículo, extinguiría la *deuda y el crédito*; de donde, tomando a la letra lo que dice podría creerse que la confusión, de igual modo que la compensación, extingue dos obligaciones a un mismo tiempo".

No Direio brasileiro, Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, v. 25, § 3.007, p. 37) entende que ponto não apreciado convenientemente é o que denomina confusão em si, no tempo, como a do devedor que acaba por adquirir, mediante cessão, o crédito, bem como a do que herda o crédito contra si próprio. Nessas hipóteses, diz que por um momento sobrevivem crédito e débito, até que ocorra a confusão na mesma pessoa, quando se extinguem as obrigações.

Mas, às p. 38-39 da mesma obra, no que respeita aos títulos de crédito circuláveis, diz que não ocorre a confusão porque a circulabilidade a pré-exclui, e menciona expressamente que, "se falta elemento à transmissão do direito, a aquisição incompleta pelo sujeito passivo não tem a conseqüência extintiva que se espera da confusão".

O instituto da confusão sempre foi saudado como uma forma de extinção das obrigações elaborada com tal lógica que não alude a qualquer exceção.

Como observou Pontes de Miranda, exceções existem, tanto que oferece outro elenco às p. 40-41 de seu *Tratado*.

Na doutrina mais recente a afirmação de que inexistem exceções não é unânime, como se vê de Pietro Perlingieri (*Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, p. 53 e s.).

Diz o mestre de Camerino:

"Até há poucos anos atrás este instituto era considerado como resultado de regras lógicas absolutas; hoje o estudo mais atento tem contribuído para demonstrar a inconsistência daquelas concepções da relação diante da crítica.

Afirma-se reiteradamente que é inconcebível a existência de uma relação obrigatória quando as duas situações jurídicas contrapostas, a creditória e a debitória, confluem no mesmo sujeito; e se sustenta a impossibilidade lógica não somente de constituir uma relação jurídica obrigatória com um único sujeito, mas também de fazer sobreviver uma relação obrigatória na qual as duas situações jurídicas contrapostas, creditória e debitória, confluíram no mesmo

sujeito. Mas, esta regra lógica fica desmentida em muitas hipóteses, nas quais, por exemplo, o legislador configura, talvez por interesse específico, uma relação com um único sujeito. Assim a regra é relativa e não absoluta a que consente excluir que a relação tenha que ser entre sujeitos".

Cita hipótese, existente no Direito alemão, de hipoteca em favor de si próprio, figura inexistente no Direito italiano, mas não se pode negar que aquela figura estabelece relação entre situações subjetivas, ainda que sendo ela unissubjetiva.

Não fica nessa única e estranha exceção específica; afirma também que logicamente não se pode excluir a possibilidade de constituir uma relação com um único sujeito, porque não é uma necessidade lógica a dualidade de sujeitos na constituição da relação jurídica, mas, sim, a existência de normas positivas que não admitem a possibilidade jurídica. Porém, após o nascimento da relação, diz ser possível, no ordenamento italiano, sustentar que o dogma da dualidade seja desrespeitado. Dentre os casos em que a partir da diversidade se pode chegar à unissubjetividade, traz a aceitação da herança com o benefício de inventário, prevista no art. 490 do Código Civil italiano. Diz que o efeito do benefício de inventário consiste em ser o patrimônio do defunto distinto do patrimônio do herdeiro. Mas fica clara a possibilidade de confluírem no mesmo sujeito as duas qualidades, a de credor e a de devedor, em razão da mesma relação. Para tal confluência, contudo, o legislador não impõe a confusão, prevista no art. 1.253 do Código Civil. Assim, com a aceitação do benefício de inventário permanecem distintos os dois patrimônios, e remanescem vivas as respectivas situações subjetivas patrimoniais, debitória e creditória, ambas com as garantias pessoais ou reais.

Outra hipótese que o mestre traz é a do título à ordem posto em circulação, não vencido, que volta ao emitente. Diz que a lei cambiária italiana, art. 15, 3, prevê expressamente que não se extingue a obrigação, pois continua a existir a possibilidade de o sujeito recolocar o título em circulação.

Assim, a regra do art. 1.253 não é uma regra absoluta, sem exceção, mas um valor, um interesse do ordenamento de não manter em vida relações jurídicas que não representem interesses contrapostos, que possam gerar interesse jurídico merecedor de tutela por parte do próprio ordenamento.

Conclui dizendo que o instituto da confusão responde não a razões exclusivamente mecânicas ou de estrutura, mas a uma valoração teleológica, funcional da relação jurídica. Essa valoração não se limita aos interesses dos sujeitos protagonistas, titulares de duas situações jurídicas coligadas, ou contrapostas, mas aos interesses que devem estender-se necessariamente aos

terceiros qualificados, aos interesses gerais relevantes da coletividade jurídica.

Tais conclusões de Perlingieri parecem ter sido emitidas de conformidade com os princípios que inspiraram o legislador do nosso Código atual.

No moderno Direito italiano essa posição não é única, pois Bianca acompanha, em grande parte até, a exemplificação fornecida por Perlingieri, como se vê das p. 521-522 de sua obra retrocitada, devendo-se, ainda, salientar que Salvatore Pugliatti desenvolveu todo um trabalho sobre "A relação jurídica unissubjetiva".

Poder-se-á dizer que as referências são a direito estrangeiro, sem qualquer aplicação no âmbito do nosso sistema.

Não é bem assim. Se for verdade que, tal como os italianos, não temos a estranha figura da hipoteca em favor de si próprio, o benefício de inventário é figura do nosso direito positivo.

Itabaiana de Oliveira, em seu *Tratado de direito das sucessões*, após fazer o histórico da figura, lembra que, embora com certa vacilação, acabou sendo admitida no nosso direito exatamente pelo Código Civil, com o art. 1.587, que corresponde ao art. 490 citado por Perlingieri. Diz Itabaiana (p. 89) que:

"§ 103 — Conseguintemente, o principio cardeal do instituto de benefício de inventario no direito moderno — que, aliás, é apresentado, pela generalidade dos doutrinadores e dos interpretes dos codigos, como o seu mais predominante effeito — é a separação dos patrimonios do *de cujus* e do herdeiro, da qual decorrem os effeitos seguintes:

a) o herdeiro conserva o seu patrimonio distincto dos bens da herança;

b) o herdeiro pode ficar com todos os bens da herança pagando, em dinheiro, aos credores, sem que estes se arroguem o direito de haver o respectivo pagamento pelos bens proprios do espolio;

c) o herdeiro tem o direito de pagar-se das despezas feitas com o fallecimento do *de cujus*, como o funeral e outras, tal como se tratasse de um credor estranho;

d) o herdeiro pode penhorar os bens da sucessão como outro qualquer credor;

e) o herdeiro pode tornar-se credor adjudicatario, como credor hypothecario, de qualquer immovel da herança;

f) o herdeiro pode fazer valer contra os bens da sucessão quaesquer direitos reaes, como servidões, etc., que se não extinguem por confusão".

Como se vê, há exceção também clara no nosso direito, como é aplicável o exposto quanto aos títulos à ordem, que entraram em circulação.

Art. 382. A confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida, ou só de parte dela.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.050. A confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida, ou só de parte dela.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil argentino, art. 864; Código Civil chileno, art. 1.667.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Os comentadores clássicos do Código de 1916 pouco versaram sobre o art. 1.050, de redação idêntica à do presente.

Entendeu-se despiciendo o artigo (Carvalho Santos), tendo em vista o que se tem no artigo antecedente, que fala na extinção da obrigação.

A disposição, na segunda parte, é óbvia, pois já que se pode extinguir toda a obrigação, logicamente pode extinguir-se parte dela, porque quem pode o mais, pode o menos.

Ademais o presente dispositivo evidencia que em qualquer meio de extinção, total ou parcial, a primeira parte resulta em libertação do devedor quanto à relação obrigacional, porque é satisfativa do crédito, e a segunda parte evidencia diminuição nos encargos que afetam a liberdade do devedor.

Art. 383. A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.051. A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até à concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.301, 2ª parte (“A confusão que se opera na pessoa do credor só aproveita aos seus co-devedores solidários quanto à porção da qual era ele devedor”); encerrando a seção relativa à confusão como causa de extinção, o Código Civil italiano nada fala da cessação da confusão, mas abre um artigo, o 1.254, para resguardar o direito de terceiro na confusão:

“la confusione non opera in pregiudizio dei terzi che hanno acquistato diritti di usufrutto o di pegno sul credito”; Código Civil português, art. 869º (Insta

observar que o Código português abre um artigo para falar da eficácia da confusão em relação a terceiros, estabelecendo, em seu art. 871º, que "A confusão não prejudica os direitos de terceiro. Se houver, a favor de terceiro, direitos de usufruto ou de penhor sobre o crédito, este subsiste, não obstante a confusão, na medida em que o exija o interesse do usufrutuário ou do credor pignoratício"); Código Civil argentino, art. 866; Código Civil chileno, art. 1.668; Código Civil argentino, art. 866; Código Civil de Quebec, art. 1.685; Código Civil mexicano, art. 2.207 ("La confusión que se verifica en la persona del acreedor o deudor solidario sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito o deuda").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954, v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*; teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle*

obbligazioni. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. de Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo mantém coerência com o que se viu quanto às obrigações solidárias, art. 275.

Sendo um meio de extinção satisfativo, decorre que aquele que tipifica a hipótese extingue seu crédito. Logo, sendo caso de solidariedade passiva, os demais devedores continuam na relação, como devedores solidários.

A pergunta que se põe normalmente é quanto à obrigação que, além de solidária, é indivisível.

No nosso direito, Carvalho Santos remete a Carvalho de Mendonça, que entendia ser possível invocar a confusão, porque a impossibilidade de se cumprir ou de se exigir a obrigação *pro parte* não é obstáculo a uma existência autônoma entre credores e devedores. Exemplificava com um devedor que vem a herdar do credor, quando, então, não pode exigir de si próprio o débito, mas pode exigi-lo integralmente dos demais, ficando obrigado a indenizá-los quando sofrer o regresso, pois esse direito de regresso não fica prejudicado.

Jorge Giorgi é de opinião diversa; entende que o credor pode obstar a tentativa citando o devedor para que não intente o que não é possível.

Art. 384. Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.052. Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 118, alínea 2ª (“se a confusão vier a cessar, renascerá o crédito”); Código Civil português, art. 873º; Código Civil argentino, art. 867; Código Civil de Quebec, art. 1.686; Código Civil mexicano, art. 2.206, 2ª parte.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona; Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*; Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral.* Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A cessação da confusão se dá porque a causa deixa de existir ou porque foi invalidada.

Exemplo clássico de cessação da causa tem-se no caso do fiduciário que é credor do *de cujus* e, tendo resolvido seu direito, por ocorrência do prazo ou da condição, esse direito passa ao fideicomissário, conforme o art. 1.951, porque sua titularidade de fiduciário é resolúvel, art. 1.953, *caput*. Logo, cessa a confusão.

Quanto à hipótese de dívida garantida, a doutrina não é unânime na aceitação do restabelecimento das garantias, particularmente as reais, como se vê de Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado,* p. 165).

Outra parte da doutrina é contra o artigo, as garantias desaparecem com a confusão, não se restabelecendo, como Pontes (*Tratado de direito privado*, § 3.009, p. 43).

Há, ainda, uma terceira posição, provinda de Jorge Giorgi, e acolhida por Carvalho Santos, que sustenta que "o restabelecimento da obrigação só produzirá efeitos em relação a terceiros quando proceder duma causa anterior à confusão — *ex causa antique*", não aceitando o outro argumento relativo à vontade, deduzido por Larombière e Demolombe, trazidos no texto referido: "e duma causa independente da vontade do credor, que se tornou devedor — *ex causa* necessária".

Perante o Direito italiano vigente, a previsão legal é diversa, pois o art. 1.254 expressamente dispõe que a confusão não prejudica o direito do usufrutuário nem o do credor pignoratício.

Em razão desse dispositivo, Bianca entende que mesmo o exeqüente que alcançou a penhora não pode ser prejudicado pela confusão.

O que se deve concluir é que, ao resguardar o direito dos terceiros, o nosso dispositivo deixa claro que a responsabilidade remanesce, porque na confusão só se entendeu extinta a dívida.

Como a responsabilidade não pode ser exercida enquanto existente a confusão, por atrelada à dívida, cessados os impedimentos, restabelece-se a dívida com a garantia.

CAPÍTULO IX
DA REMISSÃO DAS DÍVIDAS

Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.282; Código Civil alemão, § 397 ("*Erlass* — A obrigação se extingue quando o credor, por contrato, perdoa a dívida ao devedor. O mesmo se dá quando o credor, por contrato com o devedor, reconhece que a obrigação não mais existe"); Código Civil italiano, art. 1.236 ("A declaração do credor de remitir o débito extingue a obrigação quando for comunicada ao devedor, salvo se este declarar, dentro de um prazo razoável, não se querer aproveitar da circunstância"); Código Civil português, art. 863º; Código Civil chileno, art. 1.652 (nesse sistema a remissão está sujeita às regras da "doação"); Código Civil argentino, art. 876 (observa-se que o título referente à remissão de dívidas está ao lado do título "De la renuncia de los derechos del acreedor", e logo no art. 876 informa o legislador que na remissão da dívida se deverá observar também as regras deste título); Código Civil russo, art. 415; Código Civil de Quebec, art. 1.687 ("Il y remise lorsque le créancier libère son débiteur de son obligation").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964; GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de*

direito civil brasileiro: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*, Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones.* Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: A remissão é a última figura de extinção das obrigações que se tem neste Título do Código, e é a figura mais simples, em relação às outras, porque, segundo Perlingieri (*Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, p. 85), realiza uma função prático-jurídica elementar em face das demais figuras extintivas. Diz-se que a remissão realiza pura e simplesmente a extinção da relação obrigatória. Note-se que extinção não satisfativa do crédito.

Tal posição sofre contestação de parte da doutrina, que entende que não seria um negócio extintivo de obrigação, mas, sim, um negócio simplesmente abdicativo, que teria, por efeito negocial, o mero desligamento do direito de crédito por parte do credor, com o que a extinção da obrigação seria efeito mediato, eventual e sucessivo, não interno da função remissória.

Remanesce a dúvida doutrinária sobre sua natureza jurídica. Pontes lembra que pode ser considerada como declaração unilateral de vontade receptícia, como pode ser contrato, que, no entanto, distingue-se do *pactum de non petendo*.

Clóvis fala em renúncia dos direitos creditórios, que é o mesmo entendimento de Carvalho Santos.

Perlingieri, antes de assumir sua posição, traz a colocação de que não se admite falar em renúncia ao direito de crédito, porque a remissão se distingue da renúncia, seja sob o aspecto funcional, seja, de regra, sob o aspecto estrutural. É que a renúncia é por definição um negócio jurídico unilateral, já que é expressão de um único centro de interesses, e realiza, como mínima unidade de efeito, a perda do direito, a sua demissão. Já, na remissão, o efeito extintivo não se

produz se o devedor se opõe.

Essa posição doutrinária também sofre oposição. Perlingieri (*Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, p. 88), lembra que há os que sustentam que o consenso do devedor não é necessário, porque essa recusa só pode produzir o efeito de torná-la ineficaz, não inválida. Diz que doutrina recente entende que a remissão seria substancialmente um contrato, que se caracteriza por uma hipótese de incidência de formação muito particular. Com isso a remissão tanto poderia realizar-se segundo o esquema contratual normal ou segundo o esquema do ato unilateral.

Conclui Perlingieri (p. 89) por entender que a remissão não é uma hipótese abdicativa, de desligamento, nem de transmissão de direito, mas, sim, por sua função, diretamente hipótese de extinção da relação obrigatória.

Bianca, por seu turno, conflita, afirmando que remissão, na verdade, é um ato de renúncia; para ele, renunciar ao crédito significa, por si só, remitir o débito.

Em que pese a divergência doutrinária, o fato é que o presente dispositivo é inovador em relação ao Código anterior e está dentro da mesma filosofia do artigo precedente, proteção do direito de terceiros, evidenciando, ainda uma vez, o princípio da socialidade.

Na formulação dada, a remissão só produz efeitos quando a declaração do credor é comunicada ao devedor e é por este aceita. Se não houver a aceitação pelo devedor, não se terá extinção da obrigação, não ocorrerá o efeito de desligamento do crédito, porque o devedor não admite desligar-se do débito por outra forma que não o seu adimplemento.

Essa colocação está conforme o ensinamento de Karl Larenz (*Derecho de obligaciones*, p. 439-440), quando explica que os Tribunais alemães denominam a remissão co-doação da dívida, para a qual se exige um contrato entre credor e devedor, conforme o § 398 da BGB, e lembra que: "Geralmente para renunciar a um direito basta uma atuação jurídica negocial unilateral, como a declaração de vontade, ou, em muitos casos, a simples atuação da vontade do titular do direito, daí parecer surpreendente que se exija o contrato. Mas, tal exigência tem fundamento sério. É que o crédito não é direito de soberania, em virtude do qual o devedor estaria submetido unilateralmente à vontade do titular do crédito, mas sim um vínculo ético: uma faculdade que é de outra pessoa no reverso da obrigação. O credor não pode livrar o devedor de sua obrigação sem o consentimento do mesmo, já que o primeiro não pode, naturalmente, sobrepor-se à possível vontade do devedor de cumprir sua obrigação...".

Voltamos, pois, aos fundamentos do Direito das Obrigações e à relevância da

liberdade do devedor e de seu direito a cumprir o dever obrigacional.

Portanto, nosso direito está, aqui, diretamente ligado à posição do Direito alemão.

Ao fundamento ético referido por Larenz adere, também, a previsão do respeito ao direito de terceiros, fruto do já referido princípio da socialidade.

Art. 386. A devolução voluntária do título da obrigação, quando por escrito particular, prova desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.053. A entrega voluntária do título da obrigação, quando por escrito particular, prova a desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor, capaz de adquirir.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.283; Código Civil italiano, art. 1.237 ("A restituição voluntária do título original do crédito, feita pelo credor ao devedor, constitui prova de liberação mesmo em relação aos co-devedores solidários"); Código Civil chileno, art. 1.654, 1ª parte ("Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla"); Código Civil argentino, art. 877; Código Civil de Quebec, art. 1.689 ("Le créancier qui, volontairement, met son débiteur en possession du titre original de l'obligation est présumé lui faire remise de la dette, s'il n'y a d'autres circonstances permettant d'en déduire plutôt un paiment du débiteur").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano:

Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Em princípio a remissão não está sujeita a forma, sendo expressivo o comportamento das partes na hipótese do artigo presente, pois a devolução voluntária do título da obrigação e a aceitação pelo devedor estão a demonstrar que a remissão atingiu seu fim: extinguir a obrigação.

Evidentemente esta não é a única forma de extinção de obrigação, mas é a forma que bem caracteriza a extinção não satisfativa, que, portanto, não se confunde com a quitação sem pagamento, em que se tem doação.

Aqui vai ocorrer o perdão da dívida; extinguem-se o crédito e o débito, sem que ocorra o adimplemento.

Portanto, também não se confunde com o reconhecimento negativo da dívida.

Art. 387. A restituição voluntária do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, não a extinção da dívida.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.054. A entrega do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, mas não a extinção da dívida.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.286 ("a entrega da coisa dada em penhor não basta para presumir a remissão da dívida"); Código Civil italiano, art. 1.238 ("a renúncia à garantia da obrigação não faz presumir a remissão do débito"); Código Civil português, art. 867º; Código Civil chileno, art. 1.654, 2ª parte ("la remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda"); Código Civil argentino, art. 886 ("la devolución voluntaria que hiciere el acreedor de la cosa recibida en prenda, causa sólo la remisión del derecho de prenda, pero no la remisión de la deuda"); Código Civil de Quebec, art. 1.691 ("la renonciation expresse à une priorité ou à une hypothèque par le créancier ne fait pas présumer la remise de la dette garantie").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. Teoría de las obligaciones en el derecho

moderno. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*; 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este artigo é tão óbvio que Clóvis não teceu nenhum comentário sobre ele quanto à redação dada pelo Código de 1916.

Havia uma razão para tanto. É que o penhor, por ser um contrato de garantia real, na estrutura daquele Código, precedia ao disposto no então art. 1.054.

No presente Código, o penhor vem regulado, nos arts. 1.431 e seguintes, e tem por característica a transferência da posse da coisa dada em garantia para o credor.

Assim, a restituição da garantia não significa a extinção da obrigação, não se podendo pretender que tenha ocorrido o perdão da dívida com tal comportamento.

Art. 388. A remissão concedida a um dos co-devedores extingue a dívida na parte a ele correspondente; de modo que, ainda reservando o credor a solidariedade contra os outros, já lhes não pode cobrar o débito sem dedução da parte remitida.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.055. A remissão concedida a um dos co-devedores extingue a dívida na parte a ele correspondente; de modo que, ainda reservando*

o credor a solidariedade contra os outros, já lhes não pode cobrar o débito sem dedução da parte remitida.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.285; Código Civil português, art. 864º; Código Civil de Quebec, art. 1.690 ("La remise expresse accordée à l'un des débiteurs solidaires ne libére les autres codébiteurs que pour la part de celui qu'il a déchargé; et si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, les portions des insolvables sont réparties par contribution entre tours les autres codébiteurs, excepté celui à Qui il a été fait remise, dont la part contributive est supportée par le créancier").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Código Civil*: anteprojetos (coord. Leyla Castello Branco Rangel). Brasília: Senado Federal, 1995. v. 5, t. 2; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1991. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1967. v. 3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*: derecho de obligaciones. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1953. v. 2, t. 2. FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1952. v. 3. GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil*: de las obligaciones; parte especial. Buenos Aires: TEA, 1964. v. 3. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. v. 2. LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, t. 1. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1. NATOLI, Ugo, GERI, Lina Bigliazzi, BRECCIA, Umberto e BUSNELLI, Francesco D. *Diritto civile*: obbligazioni e contratti. Torino: UTET, 1996. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle*

obbligazioni. Napoli: Jovene, 1972. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. v. 12. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 2. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*, Madrid: Ed. Reus, 1934. v. 1.

COMENTÁRIOS: Mantém o presente artigo coerência com o que está disposto no art. 277, relativo à solidariedade passiva.

É evidente que a extinção parcial da obrigação beneficia os demais devedores solidários, pois caso contrário ter-se-ia de admitir que o credor pudesse, unilateralmente, agravar a situação deles, uma vez que não poderiam obter o devido ressarcimento.

Este dispositivo, no curso da história, foi precedido por outro, que se referia expressamente ao fiador, mas desde o Código de 1916 não mais foi mencionado e integrado no nosso ordenamento.

O fiador, como tem uma condição especial que refoge à tipificação deste artigo, pode invocar o benefício de ordem, o que não é dado aos devedores solidários simples.

TÍTULO IV
DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

O Código de 1916 disciplinava este Título sob a epígrafe de “Das conseqüências da inexecução das obrigações”, que o Professor Agostinho Alvim entendia ser de extensão menor que a por ele proposta e que derivou de sua obra maior, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*.

Dizia o mestre (p. 1) que o Código de 1916 partia “do pressuposto de uma obrigação não cumprida, para disciplinar, unicamente, as conseqüências do não-cumprimento.

Ele não cogita do inadimplemento em si, mas do que acontecerá, uma vez que isso se verifique. Ao passo que, no título que demos ao nosso trabalho, se compreende, primeiramente, o estudo do inadimplemento da obrigação *em si mesmo*, e, depois, o das suas conseqüências.

O estudo da inexecução das obrigações abrange não somente o inadimplemento absoluto, como ainda, e principalmente, a mora".

Mas, embora tenha proposto tal título para o anteprojeto, na revisão o título ficou restrito a "Do inadimplemento das obrigações", conservados os capítulos originais.

Como dizia, ainda uma vez, o mestre Agostinho Alvim (p. 3), este título trata da parte patológica do direito obrigacional, que é de importância transcendental no Direito das Obrigações, enquanto encarado como ciência prática, em que se tem a necessidade de resolver, com a possível precisão, os problemas, sem fugir da dogmática e do domínio da cauística.

Por isso afirmava que este é o melhor campo para o juiz exercer o poder discricionário, que entendia sinônimo de arbítrio inevitável, "isto é, daquele que o juiz usa ao aplicar a norma flexível, praticando a chamada eqüidade individualizadora, e não daquele arbítrio que pode importar o desprezo de critérios objetivos, como muito bem acentuou Liebman, dissertando acerca da livre apreciação da prova, por parte do juiz..." (p. 4).

Essa afirmação tem muito que ver com o próprio conceito de inadimplemento, que se pode extrair de Michele Giorgianni, no verbete "inadempimento (dir. priv.)", na *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, v. XX. Observa o mestre italiano que, ao se falar de inadimplemento, comumente se enfatiza o seu aspecto subjetivo, ou seja, o referido à culpa do devedor em face da obrigação que lhe incumbe. No entanto, o inadimplemento serve também para designar a situação objetiva, que se especifica na falta de satisfação do interesse do credor, prescindindo do comportamento culposo do devedor.

Acresce Giorgianni que o aspecto objetivo do inadimplemento assume uma função de alto relevo no sistema, dado que a culpa, ou a imputabilidade do devedor, como pressuposto da sanção de ressarcimento do dano, conforme o art. 1.218 do Código Civil italiano, nem sempre vem a constituir o pressuposto dos outros meios de tutela atribuídos ao credor diante da não-satisfação do seu interesse. A tradicional afirmação, que funda sobre a culpa do devedor todos os remédios postos à disposição do credor, deve, por isso, ser revista: pois, de outra parte — especialmente nos contratos sinalagmáticos (com prestações respectivas) —, o interesse do credor merece proteção segura e adequada, inclusive nas hipóteses em que o adimplemento foi impedido por causas estranhas à "imputabilidade" do devedor.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 97 do Livro V; Código Civil italiano, art. 1.218 ("Dell'inadempimento delle obbligazioni"); Código Civil português, art. 798º (na Seção II do Capítulo VII, o Código português dispõe sobre o "não cumprimento" das obrigações. Na Subseção I trata da "impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor" e na Subseção II, "falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor"); Código Civil argentino, art. 889; Código Civil russo, art. 393; Código Civil de Quebec, art. 1.590, 2ª parte (Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation: 1º forcer l'execution en nature de l'obligation; 2º obtenir, si l'obligation est contractuelle, la résolution ou la résiliation du contract ou la rédduction de as propre obligation corrélative; 3º prende tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en oeuvre de son droit à l'exécution de l'obligation"); Código Civil chileno, art. 1.556 (o Código chileno não abre uma seção específica para o inadimplemento das obrigações; trata primeiramente do modo de extinguir-se as obrigações com o pagamento efetivo, depois disto, abre uma seção para tratar da perda da coisa que se deve e, após, dos casos de rescisão e anulação da obrigação — arts. 1.670 a 1.697; só tratará da mora das responsabilidades das partes no descumprimento das obrigações no Título XII do Livro IV, ao mencionar as regras concernentes aos "efeitos" das obrigações).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la

responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. GIORGIANNI, Michele. *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè (v. “inadempimento”). v. XX. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano, Giuffrè, 1975. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo vai diretamente ao inadimplemento, sem que do Código se tenha a formulação positiva da obrigação. Assim, acompanhou o Código de 1916, o qual já havia deixado de seguir a posição da BGB, que começa o Livro das Obrigações por disposição positiva, ou seja, dizendo que assiste ao credor o direito de exigir do devedor uma prestação, que pode ser comissiva ou omissiva.

Desde o projeto de Clóvis entendeu-se dispensável dispor de tal maneira, porque é da essência do conceito de obrigação.

Aqui vamos tratar da exceção que é o não-cumprimento da obrigação, que, ocorrendo, enseja ao credor a forma sancionatória do direito privado: a execução forçada, ou seja, o cumprimento forçado da obrigação, ou, na impossibilidade desta, a indenização.

A inexecução da obrigação, ou inadimplemento da obrigação, é a falta da prestação devida. Qualquer que seja seu objeto (dar, fazer ou não fazer), o credor tem o direito de receber aquilo que foi estipulado no momento da celebração da obrigação, não sendo obrigado a receber coisa diferente daquela que foi estabelecida. O inadimplemento pode ser absoluto (total ou parcial) ou traduzir-se em mora.

O inadimplemento absoluto, sobre o qual discorre o artigo ora comentado, dá-se quando a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-lo de forma útil ao credor. Ressalte-se que a possibilidade de cumprimento pode existir, mas se este não mais for de utilidade ao credor, haverá inadimplemento absoluto. Tal modalidade de inexecução de obrigações será total quando disser respeito à totalidade do objeto, e parcial quando compreender apenas uma das partes da prestação, por exemplo, quando a obrigação compreende vários objetos, sendo um ou mais entregues e os demais perecerem.

Por outro lado, ocorrerá a mora quando houver o cumprimento da obrigação, porém não no lugar, tempo ou forma convencionados, modalidade de inadimplemento disciplinada pelo Código a partir do art. 393.

Na realidade, a distinção entre inadimplemento absoluto e mora é tarefa difícil. O eminente Professor Agostinho Alvim assim se posicionou: "Acompanhando a doutrina dominante, nós entendemos que o critério para a distinção (*entre adimplemento absoluto e mora*) reside, efetivamente, na 'possibilidade' ou 'impossibilidade', mas essa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao devedor e sim, ao credor: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente". E completa: "Com efeito, se admitirmos, como vulgarmente se diz, que o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de ser cumprida a obrigação pelo devedor, veremos que esta fórmula é verdadeira para grande número de casos, mas não para todos. ...a fórmula deixa de ser exata na hipótese de prestação do fato pessoal. Realmente, se o escritor não quer fazer a obra prometida, poder-se-á dizer que o cumprimento da obrigação se tornou impossível para ele...? É evidente que não está. Bastará que queira fazer. O credor, esse sim, é que está impedido de receber" (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 41 e 44).

Dessa forma, podemos concluir que o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de receber e que a mora é a persistência dessa possibilidade. Lembremos, no entanto, para finalizar essa breve introdução na matéria, que a mora se converte em inadimplemento absoluto quando a prestação, por causa dela, se tenha tornado inútil ao credor, visto ser impossível dissociar-se a idéia de possibilidade àquela de utilidade, como já expusemos.

O inadimplemento da obrigação, qualquer que seja sua forma (absoluta ou mora), tem como conseqüência a *obrigação de reparar o dano*, a qual deve ser estudada sob a ótica da culpa aquiliana, porque os elementos do dano indenizável são incindíveis, a começar pela culpa, como ensina Agostinho Alvim (idem, p. 2).

Note-se, no entanto, inicialmente, que o Código não trata aqui da "impossibilidade originária", que diz respeito à própria formação da relação jurídica e conduz à ineficácia do negócio jurídico, o que faz na sua Parte Geral (art. 104, II: "A validade do negócio jurídico requer: objeto lícito, *possível*, determinado ou determinável"). A questão da inexecução das obrigações e da impossibilidade das prestações, aqui, restringe-se à *impossibilidade superveniente*.

Em ocorrendo qualquer das hipóteses, total ou parcial, o devedor já terá

pesando contra si os encargos da mora.

O que estamos referindo não se restringe às obrigações decorrentes de contrato, como alude Arnaldo Rizzardo (*Direito das obrigações*, p. 501), pois as obrigações podem surgir, também, diretamente da lei, do negócio unilateral, de ordem judicial, e não somente do contrato. Nesse sentido há que se lembrar que o Código Civil italiano, ao dispor sobre as fontes das obrigações, art. 1.173, fornece elenco que não se restringe ao contrato e ao ato ilícito.

A doutrina classifica o inadimplemento em absoluto em contraposição à mora, como supra-exposto, com base em Agostinho Alvim.

Nesse sentido, ainda, a conclusão de Michele Giorgianni, na *Enciclopedia del Diritto*, verbete "inadempimento", p. 883:

"Conclusões. A violação de uma regra de conduta, como fundamento geral da responsabilidade do devedor...

Em definitivo, todo o sistema da responsabilidade do devedor resulta fundado, salvo exceções específicas, sobre a violação de uma regra de conduta que impõe ao devedor um certo esforço ou 'diligência'... Tal regra de conduta tem dupla direção, enquanto impõe ao devedor, de um lado desenvolver a atividade idônea a satisfazer o interesse do credor, do outro a manter a 'possibilidade' da prestação".

Já a mora, na formulação de Agostinho Alvim, dá-se "no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento".

Como se vê, a distinção, repete-se, está na possibilidade do cumprimento.

Não há que se confundir, no entanto, mora com inadimplemento absoluto parcial, visto que esta é uma das duas clasificações do inadimplemento absoluto, sendo a outra a de inadimplemento total.

Na hipótese do art. 234, última parte, vimos a previsão do inadimplemento absoluto. Já na do art. 236, vimos as duas possibilidades de classificação, conforme o interesse do credor. Na parte final, de aceitação com deterioração, o direito de reclamar a indenização por perdas e danos configura mora.

Hipótese de inadimplemento absoluto parcial e sua distinção da mora nos dá, ainda uma vez, o mestre Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 7):

"Dá-se o inadimplemento absoluto parcial se, *v. g.*, a obrigação compreende vários objetos, sendo um ou mais entregues e perecendo os restantes por culpa do devedor.

Com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega

nem se fez nem se fará".

Importa lembrar que a origem remota do artigo, conforme referência de Clóvis, é o Direito Romano, *D. 22, 1, frs. 21-23*, passando a fonte mais próxima, a do Código suíço das Obrigações, art. 97. Este dispositivo tem o seguinte teor:

"Art. 97 — (1) Se o credor não pode obter a execução da obrigação, ou não consegue senão imperfeitamente, o devedor é obrigado a reparar os danos resultantes, a menos que prove que nenhuma culpa lhe foi imputada".

Basicamente o mesmo critério conduziu o Código Napoleônico, que, em seu art. 1.147, trata da inexecução e da mora como causa da imputação no dever de indenizar as perdas e danos, se imputável a culpa.

O sistema italiano está mais próximo do nosso, no sentido de que as obrigações são tratadas autonomamente em relação ao contrato, como se vê do art. 1.173 do Código de 1942 daquele país.

Por isso mesmo, Giovanna Visintini, em *Tratado de la responsabilidad civil*, p. 91, diz:

"En definitiva, volviendo a la determinación del ámbito de la responsabilidad del deudor por incumplimiento, aun si el reenvio del art. 1.173 a otros casos heterogéneos de fuentes de obligaciones atípicas pudiera hacer pensar en la dificultad del intérprete en la investigación del fundamento de la regulación de la responsabilidad por daños causados por la violación de obligaciones de fuente diversa del contrato y del hecho ilícito, en realidad la ubicación del art. 1.218 en la regulación general de las obligaciones viene en socorro como dato legislativo inequívoco. Ella impone la conclusión según la cual el ámbito y el área de los incumplimientos a los que se refiere la regulación contenida en dicho artículo cubre no sólo el incumplimiento de todas las obligaciones que derivan de fuentes atípicas, diversas del contrato y del hecho ilícito".

O nosso Código, mantendo a tradição do de 1916, não se refere, no corpo do artigo, diretamente à culpa, para a imputação do dever de indenizar.

Isso não quer dizer que sua aplicação dispense a análise do aspecto subjetivo, ou seja, da imputabilidade, mesmo porque seria querer tornar letra morta o que já se viu quanto aos artigos que tratam da responsabilidade decorrente da impossibilidade, que é, de fato, inadimplemento absoluto.

Fica claro do artigo que o que leva à imputação do dever de indenizar é o comportamento violador do dever obrigacional.

O novo dispositivo acresce sobre o de origem, art. 1.056 do Código de 1916, por deixar evidente a incidência de juros e atualização monetária das perdas e danos. Portanto, a regra, nessa hipótese, é de aplicação de ofício pelo juiz, não

havendo necessidade de pedido da parte. É a sanção do sistema para o inadimplemento absoluto.

A redação final deste artigo decorreu de emendas da Câmara, do Senado, posto que no anteprojeto não havia referência a não ser às perdas e danos.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

CÓDIGO DE 1916*: Art. 961. Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 98 do Livro V; Código Civil italiano, art. 1.222; Código Civil chileno, art. 1.557.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este artigo era desnecessário, por consistir em mera repetição do art. 251, *caput*, mas acabou vindo para corrigir erro conceitual que existia no art. 961 do Código de 1916.

Veja-se que Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 94), ao comentar aquele dispositivo, aludia que:

"Nas obrigações negativas, *non faciendi*, a mora confunde-se com a inexecução...".

A colocação deve ter melhor precisão, em razão do que se expôs no artigo anterior quanto à possibilidade, o interesse do credor.

Orlando Gomes (*Obrigações*, p. 215) esclarece que se houve a violação da obrigação de não fazer, pela lógica não se pode pretender a execução coativa, pois "torna-se impossível obter seu objeto, dado que o ato já foi praticado. Contudo, o credor pode ter interesse em que o devedor não continue a faltar com o seu dever naquelas obrigações constituídas por uma série de abstenções".

Na hipótese de obrigação de prestação única, a execução forçada, a coativa, poderá ser por terceiro para desfazer o que não devia ter sido feito.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1984. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: La responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano, Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este dispositivo não tem precedente no Código anterior.

Caso não haja a possibilidade da execução específica, que é a preferida pelo sistema do Código, por levar efetivamente à satisfação do interesse do credor, surge a obrigação de reparar o dano, de indenizar.

Logo, cabe a execução forçada, que pode atingir qualquer bem integrante do patrimônio do devedor; portanto, enquanto não se tiver a concentração decorrente da penhora feita sobre coisa específica, o patrimônio do devedor,

como um todo, responde.

É uma decorrência do próprio conceito de indenização, que acaba significando o não-dano, o que nos leva à conclusão de que o causador do dano tem de repará-lo de forma a que a reparação enseje tamanha recuperação, como se não houvesse ocorrido o dano.

Todo ilícito gera tal situação, isto é, a possibilidade de invasão do patrimônio do devedor, para se obter, com a constrição, a garantia da reparação do dano sofrido.

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.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.057. Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça.*

Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano, Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui surge expressamente referida a culpa.

A culpa foi erigida em centro do sistema da responsabilidade civil pelo Código Napoleônico, tanto a decorrente de atos próprios, como a resultante de atos de terceiros e por fato das coisas.

No presente artigo temos previsões distintas quer quanto aos tipos de contratos, benéficos e onerosos, quer quanto à forma de tipificação pela culpa, ou pelo dolo.

A primeira parte do artigo dispõe sobre a condição necessária para que haja imputação da responsabilidade ao causador do dano, no contrato benéfico.

No Código anterior, tal tipo de contrato era denominado unilateral.

Com a denominação dada pretende-se caracterizar o contrato pelo fato de só a uma das partes incumbir obrigações, enquanto a outra, a beneficiária, não é obrigada a contraprestar. Portanto, inexiste comutatividade.

Diante de tal diferença de imputação de deveres obrigacionais, há que se distinguir, também, a forma de imputação da responsabilidade, sob pena de se cometer violação ao princípio da igualdade, que consiste em tratar desigualmente os desiguais.

Daí que o que tem o dever obrigacional só poderá ser imputado em caso de dolo, mas o que receberá o benefício, portanto por já ter uma condição de privilégio em face do outro, este responderá por simples culpa.

Fiel ao respeito à igualdade, a segunda parte do dispositivo, que prevê obrigações respectivas, que devem expressar idêntico sacrifício de cada qual, ambas as partes respondem pela culpa.

Cabe lembrar, agora, que *culpa*, no seu sentido mais simples, significa a não intenção de lesionar o direito de outrem, o qual restou prejudicado porque não se usou da diligência devida, da perícia, nem da prudência.

Bianca, em *Diritto civile*: la responsabilità, p. 15-16, nota de rodapé, diz que a diligência é critério tanto de determinação da prestação como de responsabilidade. Como critério de determinação da prestação indica o modelo de precisão e de habilidade técnica com o qual o comportamento deve conformar-se; enquanto como critério de responsabilidade indica o esforço que o devedor deve empregar para evitar o inadimplemento, ou a inexatidão do adimplemento.

Importa salientar que quando se emprega somente a culpa num dispositivo legal, tem-se entendido que aí está incluído também o dolo. Quando, porém, é feita a distinção, é porque vai ocorrer uma atribuição mais grave ao comportamento doloso, que já vimos nos arts. 145 a 150.

Em razão do grande desenvolvimento dos estudos sobre a responsabilidade

civil, passou a existir uma preocupação maior em precisar o uso do vocábulo *culpa*, que é bem analisada por Giovanna Visintini (*Tratado de la responsabilidad civil*, p. 37-38).

Diz a professora que: *a*) À luz do Código de 1865, da Itália, a doutrina utilizava-a como sinônimo de ato ilícito, ou seja, com a mesma acepção da doutrina francesa. Este significado, que não foi adotado pelo legislador, compreende, também, o *dolo* e todas as situações em que a lesão do direito de outrem pode ser imputada à conduta de alguém. *b*) A noção de *culpa* assume, no ordenamento italiano, um significado técnico só quando está referida à violação de um dever jurídico, devido à negligência ou à imprudência, sem a previsão das conseqüências danosas referidas a tal violação. *c*) A *culpa* neste último sentido constitui, junto com o *dolo*, o elemento subjetivo do ato ilícito, mas diferencia-se deste e não se confunde com a lesão ao direito dos demais, que constitui o elemento objetivo do ato ilícito. *d*) A diferença fundamental entre a *culpa aquiliana* (no sentido técnico de *b*) e a contratual, e também mais evidente, porque está ligada intimamente à natureza do ato jurídico, está na diversidade de graduação da culpa. Qualquer negligência, inclusive a mais leve, pode dar lugar à responsabilidade aquiliana. A regra da diligência do bom pai de família, que se requer para a execução dos contratos, não é extensível ao campo dos atos ilícitos extracontratuais.

Esses esclarecimentos servem para extremar o conceito utilizado em cada oportunidade, ensejando maior precisão, como se pode ver das observações feitas por Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 262-263), quanto aos arts. 1.056 e 1.057 do Código de 1916, que sabidamente equivalem aos 389 e 392 do atual:

"177 — Em regra, a responsabilidade funda-se na culpa. Assim é em nosso direito.

O fundamento é a culpa, na esfera extracontratual (Cód. Civ., art. 159). Do mesmo modo na esfera contratual.

Para demonstração deste último asserto bastam os arts. 1.056 e 1.057.

O primeiro deles determina a responsabilidade do devedor no caso de não-cumprimento da obrigação ou de cumprimento imperfeito, prevendo, pois, o inadimplemento absoluto e a mora, o que supõe culpa.

E o art. 1.057 estatui que, nos contratos unilaterais, a responsabilidade supõe culpa ou dolo, conforme as duas hipóteses a que alude; e, nos bilaterais, supõe culpa.

Em face dele, portanto, conclui-se ser a culpa (*lato sensu*) o fundamento da

responsabilidade contratual (cf. Beviláqua, *Código Civil*, obs. a esse dispositivo).

Dissemos que a culpa é, em regra, elemento da responsabilidade, assim na esfera extracontratual, como na contratual".

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957.*

Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.148; Código Civil português, art. 790º; Código Civil chileno, art. 1.558; Código Civil argentino, arts. 514 e 892; Código Civil de Quebec, art. 1.693 ("De l'impossibilité d'exécuter l'obligation").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VIANNA, Ragner Limongeli. *Cláusulas e convenções de inadimplemento de formação ou exclusão da obrigação de reparação de danos*. Dissertação de Mestrado, PUCSP, 2001.

VISINTINI, Giovanna. *Dieci lezioni di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2001; *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Tradicionalmente se tem estudado o presente dispositivo como sendo excludente de responsabilidade, como se pode ver de Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 325).

Todos buscavam, em conseqüência, definir caso fortuito ou força maior, até porque muitos tendiam a ver sinonímia entre ambas as locuções.

Talvez tenha sido preocupação do legislador de 1916 extremar as figuras, que admitia serem absolutamente distintas, por meio do parágrafo único, que foi conservado no presente Código.

Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 171), com apoio em Huc, afirmava a distinção das figuras e aceitava a conceituação seguinte, a começar pelo caso fortuito:

"'É o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes'. A segunda (força maior) é 'o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer'".

Logo a seguir (p. 172), porém, fazia o reparo de que não se devia aludir à imprevisibilidade, mas, sim, à inevitabilidade, quanto ao caso fortuito.

Já Agostinho Alvim (p. 330-331 da obra já citada) observava que a distinção que a doutrina vinha estabelecendo, com reflexo em algumas leis, era a que via no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior era um acontecimento externo.

Com base em tal distinção poder-se-ia estabelecer diversidade de tratamentos para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade, de sorte que, se fundada na culpa, o caso fortuito o exoneraria, com o que com maior razão a força maior.

Daí dizer que "a força maior, portanto, é o fato externo que não se liga à pessoa, ou à empresa, por nenhum laço de conexidade".

A alusão que fazia às alterações legislativas era quanto ao Código das Obrigações da Suíça, ao tratar da responsabilidade ordinária, que não se refere às figuras do caso fortuito e força maior, recorrendo à fórmula ausência de culpa. Sem, todavia, eliminar de todo as expressões. Referia, ainda, que a "tendência no sentido de eliminar aquelas locuções encontrou acolhida quase completa no Código das Obrigações polonês, pois somente num dispositivo permaneceu a

expressão força maior (n. 43)".

A conseqüente formulação que se dava era a clássica, ou seja, a de que caso fortuito e força maior isentam o devedor da responsabilidade pelo não-cumprimento da obrigação, como equivalente à ausência de culpa.

Na esteira do pensamento inerente ao sistema do Código de 1916, Clóvis Beviláqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 172) aduzia que "O efeito do caso fortuito e da força maior é isentar o devedor da responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação. Ao devedor incumbe provar o caso fortuito ou força maior, que alega. Não lhe aproveita a prova do fato, se teve culpa na sua realização. O incêndio, por exemplo, é um fato que poderá ser invocado como determinante da impossibilidade, em que se acha o devedor de cumprir a sua obrigação. Mas, bem se compreende, quando quem o invoca não lhe deu causa, nem concorreu para aumentar-lhe os efeitos. Também lhe não aproveita a prova do fato, se dele não resulta a impossibilidade da prestação.

O caso fortuito e a força maior escusam o devedor de responsabilidade pelos prejuízos; mas ele pode, por cláusula expressa, ter assumido essa responsabilidade".

Essa visão evidencia a preponderância que se tinha em favor do credor.

Tal concepção acaba evoluindo para se entender que são hipóteses de impossibilidade de cumprimento da obrigação, o que leva à extinção desta, como se vê ressaltado pelo parágrafo único do artigo, ao referir à inevitabilidade da incidência, ainda que se pretenda impedir a ocorrência dos fatos inevitáveis.

Veja-se a colocação de Giovanna Visintini (*Dieci lezioni di diritto civile*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 131):

"In definitiva, peraltro, la nozione di impossibilità viene indagata dai giudici attraverso l'esame di elementi di fatto e non richiede riscontro di dati diversi, pertanto la nozione di impossibilità appare, nel quadro dei grandi orientamenti, come una nozione naturalistica e non una nozione giuridica.

Di gran lunga più interessante è, invece, la ricognizione degli orientamenti sulla nozione di causa non imputabile, che, come dispone l'art. 1.218, costituisce la causa di esonero dalla responsabilità per l'inadempimento che si manifesta nella forma della impossibilità.

Qui soccorrono anche altri dati legislativi. In primis l'art. 1.228, che chiarisce come non possa essere considerato causa non imputabile al debitore il fatto degli ausiliari".

Com relação ao art. 1.058 do Código anterior, nota-se a supressão da remissão

que era feita aos artigos relativos à mora, sendo certo que Clóvis já anotava que era uma remissão demasiada ampla, e que deveria ser restrita ao art. 957, que se pode entender equivalente ao art. 399.

A inescusabilidade decorre da já incidência na mora.

Cumpre observar que no momento surgem novas concepções quanto à caracterização do que ocorre com o caso fortuito e a força maior. Nesse sentido a dissertação de mestrado Cláusulas e convenções de inadimplemento de formação ou de exclusão da obrigação de reparação de danos, de Ragner Limongeli Vianna, na PUCSP, em que desenvolve:

"Duas correntes principais pretenderam conceituar força maior (sob a égide da teoria da culpa): a objetiva, segundo a qual sua caracterização dependeria exclusivamente de elementos dos próprios acontecimentos, independentemente de elementos subjetivos; e a subjetiva, para a qual caso fortuito seria sinônimo de ausência de culpa.

(...)

Primeiro porque a 'não culpa', *per se*, não tem o condão de excluir a obrigação reparatória nos casos da chamada 'reparação de danos objetiva', decorrente da teoria do risco, pois que para o nascimento desta obrigação a conduta do devedor é irrelevante, e assim, dispensa qualquer investigação sobre ocorrência de culpa.

Além disso, há a questão da prova. Ao devedor cabe o ônus de provar o evento caracterizador de força maior, não bastando a ausência de culpa.

(...)

Vejamos a lapidar lição de Medeiros da Fonseca:

'Nem há confundir essa noção com a simples ausência de culpa. Que é uma situação subjetiva e negativa, comportando muitas vezes uma simples prova indireta e imperfeita, como muito bem acentuou Rodouant. O fortuito há de consistir sempre num fato positivo, de origem conhecida, cuja inevitabilidade seja assim objetivamente apurada, permitindo uma prova direta. Lá (teoria subjetiva, que equipara o fortuito à ausência de culpa), atende-se apenas à diligência imposta ao sujeito passivo da obrigação, à diligência do homem prudente e bem governado, forma feliz pela qual Correia Teles traduziu a expressão *diligens pater familias*, e, às vezes mesmo, à diligência que o obrigado emprega nos seus próprios negócios (como sucede, v. g., com o depositário, em face do art. 1.266 do Cód. Civil); de modo que a ausência de culpa só é suscetível, às vezes, de prova imperfeita, permanecendo ignorada a causa que deu lugar ao evento danoso. Ao passo que, na noção de caso fortuito, se visa

também à origem desse fato. Cuja inevitabilidade terá sempre de ficar demonstrada. Se não se consegue apurar essa origem, para provar a inevitabilidade do evento, juridicamente não se pode considerar existente o caso fortuito”’.

De qualquer sorte, a prova do caso fortuito é, a um só tempo, prova também da ausência de culpa, até porque, concorrendo o devedor com culpa na produção do evento, não se poderão afirmar inevitáveis os efeitos deste.

Fica excluída, assim, toda a possibilidade de uma equiparação do fortuito à “ausência de culpa”.

Logo, e com maior razão, quanto à força maior.

CAPÍTULO II
DA MORA

Art. 394. Consideram-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados (art. 1.058).*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 102 do Livro V; Código Civil italiano, arts. 1.206 e 1.219; Código Civil português, art. 804º; Código Civil chileno, art. 1.551; Código Civil argentino, art. 509; Código Civil russo, art. 405; Código Civil de Quebec, art. 1.594.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980; *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. 2. ed. Madrid: Ed. Reus, 1930. NATOLI, Ugo e GERI, Lina

Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Dieci lezioni di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2001.

COMENTÁRIOS: A normatização da mora, tanto a do credor como a do devedor, está diretamente ligada às conseqüências negativas decorrentes dos comportamentos não satisfativos deles, quer na liberação do devedor, pelo credor, quer na satisfação do interesse do credor pelo devedor, conforme a previsão hipotética da obrigação quanto à integralidade, tempestividade e devido lugar.

Tradicionalmente a mora era definida como o retardamento culposo no pagar o que se deve, ou no receber o que é devido (*Mora est dilatio culpa non carens debiti solvendi, vel credito accipiendi*), como se vê de Clóvis Beviláqua, Jorge Giorgi, Ugo Natoli e Lina Bigliazzi Geri, e outros doutrinadores. Na exposição de motivos feita no Instituto dos Advogados Brasileiros, o mestre Alvim formulou sinteticamente "O conceito de mora apóia-se em dois requisitos: 'tardança' e 'culpa' ('dilatio' e 'culpa non carens')".

Tal posição genérica, contudo, é contestada por ele mesmo na sua obra maior, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências* (p. 10 e s.), como nos esclarecimentos posteriores da mesma exposição de motivos.

Explica Agostinho Alvim que os estudos se fixaram preferencialmente em torno da mora do devedor, que difere da do credor substancialmente quanto à culpa, pois, na do credor, não é elemento desta, além de ocorrer em número muito menor, razão pela qual deixou de merecer a mesma atenção da doutrina.

Assim, fornece o seguinte conceito genérico: "a mora, via de regra, manifesta-se por um *retardamento*, embora em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação ('tempo', 'lugar', 'forma' — art. 955)".

Pode-se estranhar não haver alusão ao defeito relativo à quantidade da prestação, o que é lógico e natural, porque aí não se terá mora, mas inadimplemento absoluto parcial. A mora só estará caracterizada se for possível ao credor obter o cumprimento do restante da obrigação.

Convém observar que a disposição do presente artigo mantém simetria com a do art. 955 do Código de 1916, sofrendo aquele mera alteração redacional.

Como houve referência à culpa nesse comentário, pode-se perguntar: mas onde se tem sua exigência neste artigo?

A pergunta é pertinente, pois, em verdade, não há tal exigência no artigo. Aqui se tem somente os elementos objetivos da mora, enquanto, sabidamente, a culpa está ligada ao plano subjetivo. Daí sua previsão estar efetivamente contida no art. 396.

Cumpre esclarecer bem a observação do Professor Agostinho Alvim, quando anota que doutrinadores como Chironi, na Itália, Saleilles, na França, e Rosset, na própria Suíça, em razão dos arts. 117 e 118 do Código suíço das Obrigações, admitiam a hipótese da mora objetiva, mais particularmente nas dívidas de dinheiro, portanto, sem culpa, mas conclui que é inaplicável no sistema brasileiro, em face do art. 963 do Código de 1916.

É que ele distingue a mora do simples retardamento, que é um dos elementos dela. O retardamento, assim, é o atraso no cumprimento da prestação, enquanto a mora é o retardamento culposo.

Seguindo lição de Windscheid, diz que mora jurídica é aquela caracterizada pela culpa, e, com base em Lomonaco, lembra que o mero retardamento produz efeitos jurídicos. Assim é que, vencida a dívida, o credor tem o direito de exigir judicialmente o pagamento, sem que tenha de referir e provar a culpa do devedor, porque o mero retardamento implica efeitos provisórios, que se tornam definitivos se o devedor não consegue provar inexistência de culpa, o que, a nosso ver, implicará a não-incidência da norma, por não tipificada a conduta geradora.

Anota que a verificação de prazo é questão de fato, facilmente constatável, enquanto a escusa do devedor é questão de alta indagação, razão pela qual há que se “presumir” a culpa, até decisão final sobre a alegação de sua inexistência.

A regra do *Dies interpellat pro homine* faz com que o retardamento se torne em mora, por presunção *juris tantum*, portanto suscetível de ser elidida.

Em verdade o que se tem não é presunção da mora, mas efeitos provisórios decorrentes do retardamento, que se tornarão definitivos com a rejeição da defesa baseada na isenção de culpa.

Ao Direito não é estranha a transformação de uma figura em outra pela ocorrência de um fato, ou de um dado previsto em lei, que tipificará outra hipótese e conseqüentemente levará à incidência de outra norma. Basta mencionar que a própria mora pode converter-se em inadimplemento absoluto.

Como dizia Pontes de Miranda, “Quem falha quanto ao adimplir há de ser lembrado pela tribo e lembrar-se. *Mora* vem de *memor*. A memória está em

causa...

... A regra é não perder o interesse a prestação, por atraso do devedor. Daí a purga da mora. Mas pode ocorrer que a prestação não mais sirva ...” (*Tratado de direito privado*, v. 26, § 3.102, p. 9).

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 956. Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1.058).*

Parágrafo único. Se a prestação, por causa da mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 807º.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano, Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 12. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui se tem o caráter sancionatório do comportamento, omissivo ou comissivo, causador de prejuízo para a outra parte na relação obrigacional, em razão do cumprimento defeituoso.

A parte nova do dispositivo decorreu de emenda oferecida no Senado pelo relator, o senador Josaphat Marinho.

A supressão da remissão existente no art. 956 ao art. 1.058 (do Código de 1916) decorreu de interpretação *a contrario sensu.*

Os prejuízos aqui referidos são os decorrentes exclusivamente da mora, não havendo que se confundir com os decorrentes do inadimplemento absoluto, que são objeto de outra tipificação, já vista nos arts. 389 e seguintes.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 963. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.220.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*; 1ª parte. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 6. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Neste artigo tem-se a exigência do elemento subjetivo, ou seja, da culpa.

Esta regra está numa generalidade que tem admitido uma interpretação ampliativa quanto às hipóteses denominadas excludentes, como o caso fortuito e a força maior, já que aqui se tem elemento que, se inexistente, não permitiria a

tipificação geradora da incidência.

Na doutrina nacional houve entendimento de que este artigo não seria aplicável à mora do credor, como se vê de Carvalho de Mendonça (M. I.), remetendo à BGB.

Nossa história de responsabilização, porém, vem apoiada fundamentalmente no sistema francês, em que os autores do Código Napoleônico sempre referiram como uma das primeiras máximas da sociedade o caráter unitário do conceito de culpa, como fundamento da responsabilidade aquiliana.

Assim, a idéia de um mínimo de diligência sempre presidiu os trabalhos de elaboração do Código, tanto quanto o sujeito objeto da imputação sempre foi o bom pai de família.

Ainda que se considere como objetivo o conceito de culpa, no sentido de que não se irá levar em conta a vontade do agente, no seu aspecto interno, psicológico, verifica-se na doutrina contemporânea a tendência de se duvidar da perquirição da validade da colocação conseqüente à presente, a relativa à valoração do caso fortuito ou da força maior como excludentes de imputação.

Segundo Giovanna Visintini (*Tratado de la responsabilidad civil*, p. 19), a imputabilidade deve ser referida a uma causa objetiva de impossibilidade, atribuível a fatores estranhos à esfera de influência do devedor.

Aqui está sempre envolvido o próprio conceito de culpa, que segundo uma escola, mais generalizadora, equivale a ato ilícito, baseando-se na ofensa ao direito de outrem e na imputabilidade. Essa posição se aproxima mais da escola francesa. Já, mais próximo da escola italiana, tem-se que culpa equivale a negligência e imprudência, que tipificam violação a dever jurídico, sem a necessária previsão de ofensa a direito de outrem.

Após analisar tais posições, Giovanna Visintini as resume da seguinte forma:

a) “En un sentido general, la expresión ‘culpa’ se usa en el lenguaje de la doctrina italiana, bajo el Código derogado, como equivalente a ‘hecho ilícito’, es decir, con la misma acepción acogida por la doctrina francesa de la época cuando hablaba de *fait illicite personnel*. Este significado del vocablo, que según la doctrina antes reseñada no era el técnico adoptado por el legislador, comprende también el dolo y todas las situaciones en las que la lesión del derecho de otro se puede imputar a la conducta de alguien.

b) La noción de culpa asume en nuestro ordenamiento un significado técnico solamente cuando está referida a la violación de un deber jurídico debido a negligencia o a imprudencia, sin la previsión de las consecuencias dañosas referidas a dicha violación.

c) La culpa en el sentido del apartado anterior constituye junto al dolo el elemento subjetivo del hecho ilícito, pero se diferencia de éste y no se confunde con la injuria, es decir, con la lesión del derecho de los demás, que constituye el elemento objetivo del hecho ilícito.

d) La diferencia fundamental entre la culpa aquiliana (en el sentido técnico del ap. b) y la contractual, y también la más evidente porque está estrictamente ligada ala diversa naturaleza del hecho jurídico (ya que se encuentra en la base de los dos tipos de responsabilidad), está en la diversa graduación de la culpa. Cualquier negligencia, incluso la más leve, puede dar lugar a responsabilidad aquiliana. La regla de la diligencia del buen padre de familia, acuñada para la ejecución de los contratos, no es extensible al campo de los ilícitos extracontractuales" (p. 37-38).

Sobre tais posições conclui, à p. 43:

"En efecto, el exasperado conceptualismo y el esfuerzo por reducir a una unidad el concepto de culpa implica la búsqueda de la violación de un deber concreto por el que pueda surgir la antijuridicidad de la conducta dañosa, lo que lleva a un proceso de tipificación de los ilícitos con referencia al elemento subjetivo, y a la combinación entre el elemento subjetivo y el objetivo, evidentemente en contradicción con la dirección legislativa. Pero, sobre todo, se ha perdido la dimensión de la culpa *in concreto* y la conciencia de la relevancia del diverso matiz a los fines de la valoración del comportamiento del autor del ilícito. Y, consiguientemente, se ha atribuido a la elección operada por el art. 2.043 del Cód. Civil el objetivo de eliminar toda diferencia entre los delitos y cuasidelitos cuando, en cambio, la *ratio* legislativa era solamente introducir el cuasidelito como fuente de responsabilidad civil, incluso a falta de previsiones penales. Y de allí se ha derivado la idea absurda de la equivalencia, a los fines civiles, entre el dolo y la culpa, dos categorías conceptuales que se habían considerado muy distintas en las definiciones de los juristas de finales del siglo XIX".

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 960. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor.*

Não havendo prazo assinado, começa ela desde a interpelação, notificação, ou protesto.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.219, 3ª alínea; Código Civil de Quebec, art. 1.594, 2ª parte; Código Civil português, art. 805º.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. MIRANDA, Sandra Julien e MARTINI, Carolina Julien (coords.). *Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal e dicionário jurídico*. São Paulo: Rideel, 2000. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui está presente a regra *dies interpellat pro homine*, que permite ao credor executar o devedor, uma vez que enseja efeito imediato do retardamento, como já referido no art. 394.

Muitos falam, como já se viu, que é hipótese de mora *ex re.*

O *caput* trata de hipótese em que houve fixação de termo para o cumprimento da obrigação, o que evidencia que o devedor achou razoável o prazo que lhe foi conferido para o cumprimento da prestação devida; logo, não se faz necessária qualquer outra atividade do credor para a caracterização da mora.

Note-se que o dispositivo prevê, ainda, que a obrigação é positiva, portanto um ato comissivo por parte do devedor, um dar ou um fazer, e que ela é líquida, ou seja, certa quanto ao seu objeto, portanto, ou coisa certa e determinada ou importância certa, sem que haja qualquer necessidade de cálculo ou atualização, conforme se tinha claro do art. 1.533 do Código de 1916, que ficou sem correspondência no atual. O CPC refere no art. 586 a título líquido, certo e

exigível, para a execução de cobrança de crédito.

Assim, nada impede o perfeito e pleno cumprimento da obrigação no seu vencimento, razão pela qual o não-cumprimento implica incidência da mora.

Já o parágrafo único dispõe quanto à hipótese em que não existe termo prefixado, ou cláusula que enseje a perfeita cognição do momento do cumprimento da obrigação. A hipótese é, pois, de ausência de fixação de data, ou fato que permita a identificação do momento de exigibilidade do cumprimento. Exemplo de ausência de fixação tem-se nos contratos por prazo indeterminado, daí a exigência da interpelação, judicial ou extrajudicial, para a fixação do termo a partir do qual estará caracterizada a mora.

O Código de 1916 elencava, além da interpelação, o protesto e a notificação para os fins de constituição em mora.

A pergunta que fica é: a supressão implica negar tal efeito às figuras do protesto e da notificação?

À evidência que sim, em razão da denominação legal da Seção X, Capítulo II, do Título Único do Livro III do Código de Processo Civil, que é "Dos protestos, notificações e interpelações".

Conferindo-se no *Dicionário Jurídico* constante da edição conjunta de Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal e Dicionário Jurídico, da Rideel, ed. 2.000, tem-se:

"*Interpelação Judicial* — Medida cautelar consistente na manifestação formal de comunicação de vontade, tendo por fim prevenir responsabilidades e eliminar a possibilidade de alegação futura de ignorância (CPC: arts. 867 a 873).

Notificação Judicial — Medida preventiva que tem por objetivo prevenir responsabilidades e eliminar a possibilidade de alegações futuras de desconhecimento (CPC: arts. 867 a 873).

Protesto Judicial — Medida de caráter preventivo que não suscita efeitos coercitivos ao destinatário, limitando-se a tornar pública a manifestação de vontade do interessado (CPC: arts. 867 a 873).

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 962. Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.219, alínea 1ª; Código Civil português, art. 805º, 2ª alínea, *b*.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972; *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano: Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: A alteração da redação do artigo, em face do Código de 1916, substituindo “delito”, por “ato ilícito”, mereceu a seguinte observação de Agostinho Alvim, na apresentação ao Instituto dos Advogados Brasileiros:

“A interpretação correta do termo *delito*, empregado pelo Código, sempre foi a de *ato ilícito*, que é o chamado *delito civil*.

As locuções *delito* e *quase delito*, que no direito civil antigo exprimiam, respectivamente, dolo e culpa, não são de uso no direito civil moderno.

Cumpre ponderar, aliás, que a distinção entre dolo e culpa importa no que respeita à atribuição de responsabilidade; mas nada tem que ver com a graduação do ressarcimento”.

A dúvida que pode surgir é se a referência ao ato ilícito abrange o inadimplemento moroso contratual, ou seja, a denominada responsabilidade contratual.

Como mencionado acima, a distinção entre dolo e culpa, para o Direito Civil, não tem a mesma função que para o Direito Penal. Ademais, o ato ilícito vem regulado pelo novo Código, art. 186, de sorte a não se poder excluir de sua tipificação a mora contratual.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 957. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito, ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria, ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada (art. 1.058).*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 103 do Livro V; Código Civil italiano, arts. 1.207 e 1.221; Código Civil argentino, art. 513; Código Civil de Quebec, art. 1.600.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Curiosamente este dispositivo repete a redação do art. 957 do Código de 1916, que mereceu crítica de Agostinho Alvim em *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, na parte em que diz "*... salvo se provar isenção de culpa...*", porque "a referência à exceção de ausência de culpa gera uma teoria falsa em torno daquela, como que admitindo a mora sem culpa.

Muito bem avisado andou o Código alemão que, ao dispor sobre o assunto,

não fez constar entre as escusas do devedor a ausência de culpa.

... O nosso, nesse ponto, copiou o art. 103 do Código Federal das Obrigações.

Mas na legislação helvética essa provisão é compreensível, porque há dispositivos que se referem à mora culposa e outros que omitem culpa (...).

Entre nós, onde impera a regra inflexível do art. 963, sem correspondente no Código das Obrigações suíço, a doutrina do art. 957 é incompreensível".

Feita tal observação, tem-se que o dispositivo traz efeito da mora já ocorrida, que não se desfaz pela superveniência, quer da força maior, quer do caso fortuito.

Não se desfaz porque a mora implica a perpetuação da obrigação, o que vem a significar que o objeto da prestação fica imperecível juridicamente, ainda que fisicamente continue sendo perecível.

Como observado nos comentários ao art. 393, se admitimos que essas são hipóteses que afastam o nexo de causalidade, isso só pode ocorrer num momento antecedente ao da tipificação da mora, para que não se possa pretender imputação das conseqüências à parte incidente nela.

Ora, se já houve a incidência da mora, não há que se falar em ausência de nexo causal, porque já ocorrida culpa da parte morosa. O que se segue não pode inverter o fator temporal.

É de observar que a finalidade da mora não é punir o devedor, mas reparar o dano causado por ela, ou seja, se o cumprimento tempestivo da obrigação não impediria o perecimento da coisa.

Fica claro, porém, que o devedor tem o ônus da prova.

O texto inicial dessa segunda parte do dispositivo, que já mereceu a crítica antecedente do próprio autor do anteprojeto, refere à ausência de culpa, o que evidentemente significa não tipificação da mora, que, por ele mesmo é dito, requer a culpa.

A última parte do dispositivo fala da hipótese de ocorrência de fatos imprevisíveis e irresistíveis que tornam impossível a obrigação, e cuja ocorrência seria inevitável, pelo que a impossibilidade não decorreria da mora.

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 958. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil italiano, art. 1.207; Código Civil russo, art. 406.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999, v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo traz um efeito extremamente interessante e que evidencia bem a concepção da obrigação.

Se o credor é que incide em mora, para o devedor que tenha de dar, ou de fazer que resulte num dar, e não houver restrição ao direito do credor, admitindo-se que prossiga a obrigação, normalmente, ter-se-á uma situação gravosa para o devedor, que já havia sido observada por Saleilles, e mencionada por Agostinho Alvim, isto é, haverá um prolongamento da obrigação, o que, evidentemente, é danoso para o devedor.

A referência ao dolo do devedor como excludente demonstra a preocupação constante em não se admitir a violação ética.

Como, enquanto não ocorrida a tradição, vige a responsabilidade do devedor pela integridade do objeto da prestação, tem-se que, ocorrido o termo, ou a condição, ou o modo, ou encargo, cabe ao credor receber a prestação. Se, em

lugar de receber, incide em mora, a lei lhe imputa o dever de ressarcir as despesas que onerarão o devedor na conservação do objeto, por sua falta de diligência.

Assim, se ocorre a impossibilidade da obrigação, o devedor por ela não responde, e se o não-recebimento pelo credor implica diligência na conservação, os encargos deverão ser ressarcidos pelo credor moroso.

A alteração redacional na segunda parte do dispositivo, que agora fala na estimação mais favorável ao devedor, e no Código de 1916 falava na mais alta estimação, deve-se à discussão sobre o sentido da expressão, ainda na tramitação daquele Código. Com a nova formulação poderá não ser a mais alta estimação, visto que cabe ao devedor fixá-la, não estando obrigado a ir ao máximo, mas à que efetivamente lhe seja favorável.

Outra alteração sofrida no artigo é quanto à parte final, em relação aos momentos de referência do preço a ser pago, desde que tenha ocorrido oscilação entre a data prevista para o pagamento e a da sua real efetivação.

A nova redação facilita a compreensão e a execução do dispositivo.

Art. 401. Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II - por parte do credor, oferecendo-se a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 959. Purga-se a mora:*

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação, mais a importância dos prejuízos decorrentes até o dia da oferta.

II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das*

obrigações e suas conseqüências. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. 2. ed. Madrid: Ed. Reus, 1930. v. 9. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano, Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Purgar a mora significa sanar o cumprimento defeituoso, moroso, de sorte a extinguir a obrigação pelo seu efetivo adimplemento.

O dispositivo altera o elenco pela supressão do terceiro inciso do antigo art. 959. A supressão foi de ordem lógica, pois a renúncia nunca significou purga da mora.

Como observava Clóvis, o Direito Romano antigo não conhecia a purga da mora, a emenda, pois esta é uma atenuação do princípio da perpetuação da dívida, que naquele sistema era inflexível.

Quanto à purga pelo credor, verifica-se que a doutrina veio a admiti-la bem depois da do devedor.

No projeto original havia previsão de parágrafo único que admitia a supressão da emenda da mora mediante previsão por convenção das partes.

Na tramitação inicial pela Câmara dos Deputados, o parágrafo foi suprimido, deixando de constar do então Projeto de Lei n. 634-B, de 1975, encaminhado ao Senado.

É que tal previsão implica a rescisão de pleno direito, o que não se compadece com o desenvolvimento do estudo das obrigações.

As hipóteses acabam por confirmar a distinção que existe entre a mora e o inadimplemento absoluto.

Conforme expunha Agostinho Alvim, a distinção fundamental entre a mora e o inadimplemento absoluto está no critério de ordem econômica. Acompanhando lição de Jorge Giorgi, dizia Agostinho Alvim que a mora não impede o devedor de cumprir a obrigação, que continua sendo possível, mas não só possível, como quase unanimemente dizia a doutrina, que extremava do inadimplemento absoluto pela impossibilidade do devedor vir a cumprir a obrigação.

O enfoque que levou a doutrina brasileira a aceitar a posição foi o de que a

visão não devia ser mais a partir da pessoa do devedor, mas do exame da possibilidade através da pessoa do credor, ou seja, se para ele ainda era, ou não, possível receber a prestação.

É que o interesse econômico do credor é o de efetivamente receber a prestação devida, o que, se não for obtido pelo adimplemento, deverá sê-lo pela execução forçada. Porém, se esta não for viável, quer por ser prestação de fato pessoal intransmissível, quer pela impossibilidade em relação à coisa, objeto da prestação, aí não mais se poderá falar em possibilidade para o credor. Aí se terá o inadimplemento absoluto.

"...o inadimplemento absoluto é precisamente a impossibilidade de receber; e, a mora, a persistência dessa possibilidade.

...a recusa de pagar não traduz o inadimplemento absoluto, quando a execução direta seja possível.

E isso porque o que interessa para o credor é o recebimento, sem indagar se isso se deu por ato de vontade do devedor, ou em virtude de haver o credor recorrido à força.

(...)

O critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica: na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa".

A purga, ou emenda, faz com que cessem os efeitos da mora.

As hipóteses previstas no presente artigo referem que o fato que leva à cessação é a oferta, o que pode surpreender a muitos, que imaginavam que fosse o cumprimento. Mas ambos os incisos são expressos em referir à oferta.

Essa formulação vem desde o Direito Romano.

O inciso I, relativo à mora do devedor, fala não só da prestação, mas também dos prejuízos decorrentes. A redação original mantinha o texto do Código de 1916, falando em *até o dia da oferta*. Na Câmara a redação foi alterada para *do dia da oferta*.

Essa alteração não foi feliz, pelo que se pode constatar da leitura do dispositivo.

Evidentemente o que se tem de entender é que os prejuízos serão todos os que decorrerem da mora, conforme disposto no art. 395.

O inciso II, concernente à mora do credor, não teve alteração redacional, e contém o mesmo princípio, ou seja, o culpado pela mora tem de arcar com os prejuízos que causou. Há que se observar, porém, que o credor não incide em

perdas e danos; daí que a remissão a ser feita é ao disposto no art. 400.

A diferença se deve ao fato de o credor não estar, em princípio, obrigado a receber, pois o que o devedor tem é o direito de se liberar da obrigação, o que é diverso. Daí que pode alcançar a liberação mediante a consignação em pagamento. Isso não significa que não possa a atitude do credor gerar despesas e encargos para o devedor, que tem o direito de ser ressarcido pelas mesmas.

CAPÍTULO III
DAS PERDAS E DANOS

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*

Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, arts. 1.146, 1.147 e 1.149; Código Civil suíço, art. 99 do Livro V; Código Civil italiano, art. 1.223; Código Civil de Quebec, art. 1.611.

BIBLIOGRAFIA: AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. II. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. CAHALI, Yussef Said. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva (v. "dano"), v. 22. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. PEREIRA, Osny Duarte. *Repertório Enciclopédico do Direito* (de Carvalho Santos). Rio de Janeiro: Borsoi (v.

“perdas e danos”), v. XXXVII. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente artigo tem suas raízes nos arts. 186 e 187, bem como no art. 927.

Aqui fica claro porque, ao se referir ao ato ilícito, o legislador, dentro do âmbito civil, ligou-o ao dano, pois o ilícito sem dano não é ressarcível, não enseja reparação, que sempre foi o pressuposto da denominada responsabilidade civil.

Agostinho Alvim, em *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências,* p. 181, já dizia:

“Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto.

Ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

Esta regra decorre dos princípios, pois a responsabilidade, independentemente de dano, redundaria em mera punição do devedor, com invasão da esfera do direito penal”.

Em sentido semelhante, a manifestação de Aguiar Dias, em *Da responsabilidade civil*, p. 715, acompanhando a posição de Fischer,

“...que considera o dano nas suas duas acepções, *a*) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; *b*) a jurídica, que embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em conseqüência da violação destes por fato alheio. Assim, a lesão que o indivíduo irrogue a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito...”.

Essa observação não pode tornar o simples ato ilícito como se inexistente fosse para os fins de Direito, como se não trouxesse conseqüências, particularmente quando o presente Código tem por princípio a eticidade.

Logo, o que se há de entender é que, para os fins da responsabilidade civil, o

ilícito só se aperfeiçoa com o dano, o que não implica que o praticante do ilícito não possa sofrer restrições outras dentro do âmbito civil, tais como a inibição da reiteração da prática da ilicitude. Nem se poderia imaginar que, em face do princípio da eticidade, aquele que estivesse diante do ilícito, ainda que não causador de dano imediato no plano patrimonial, pudesse prosseguir, pois, no mínimo, há que se entender que a ilicitude ofende o plano moral, que também é protegido.

Deve-se relevar a redação pelo costume de se reportar fundamentalmente ao dano como originalmente ligado ao patrimônio. Nesse sentido basta buscar nos doutos as origens conceituais do dano.

Ao se passar à análise dos artigos supracitados, o objeto do presente comentário, podemos constatar que a referência naqueles sempre é ao dano, enquanto no presente encontramos *perdas e danos*.

A expressão utilizada neste artigo, *perdas e danos*, é consagrada no direito positivo brasileiro, como se vê do art. 1.059 do Código de 1916, ainda que na doutrina o que se encontre definido, tradicionalmente, é o conceito de dano, isoladamente.

A tradição do uso de *perdas e danos* não é justificada por Clóvis, no Código de 1916. Yussef Said Cahali, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, verbete "dano (Direito Civil)", oferece a seguinte explicação:

"A expressão 'perdas e danos', que aparece na lei, corresponde às locuções romanas *id quod interest, quanti mea interest, quanti ea res est, utilitas creditoris* ou *auctoris*.

O direito francês usa uma expressão mais adequada, para designar o dano emergente e o lucro cessante; assim, na rubrica que precede o art. 1.146 do Código Napoleão aparece a expressão *domages et intérêts*, que se traduziria por 'danos e interesses'.

Em realidade, as expressões perdas e danos têm o mesmo significado e estariam a significar apenas o dano emergente".

Já Pontes de Miranda, no seu *Tratado de direito privado*, v. 26, § 3.107, p. 23-24, diz:

"...Dano é a perda, dano é o prejuízo sofrido. A expressão 'perdas e danos' torna explícito que há o dano total e os danos que não excluem o bem. Não só as coisas podem sofrer danos. Há danos ao corpo e à psique...

A expressão 'perdas e danos' também se refere — e não se há de esquecer a ambigüidade — a danos emergentes e lucros cessantes: perde-se o que se deixa de ganhar e sofre-se a diminuição do valor do que se tem. Somente o trato de

cada espécie poderia caracterizar o conceito que na ocasião se cogita".

Não se pode deixar de consignar a observação de Osny Duarte Pereira, no *Repertório Enciclopédico do Direito* (de Carvalho Santos), quanto ao verbete "perdas e danos":

"Obedecendo às diferenciações, a expressão perdas e danos é reservada, no Código, aos casos de reparação dos prejuízos oriundos do contrato, embora Clóvis Beviláqua, em seus comentários, e inúmeros outros doutrinadores não se detenham nesse apuro tecnológico.

As perdas e danos são tratados nos arts. 1.056 a 1.061 do Código Civil, como conseqüências da inexecução dos contratos".

A observação não seria possível no presente Código, porque o Capítulo "Das perdas e danos" está no Título IV — "Do inadimplemento das obrigações", que precede o Título V — "Dos contratos em geral".

A menção do artigo a danos emergentes e lucros cessantes há que ser entendida como sendo aos já ocorridos, aos que, como conseqüência, vão ocorrer no futuro, portanto de existência futura certa.

A ressalva inicial conservada no artigo deve ser entendida como mantenedora do mesmo sentido e objetivo, isto é, das exceções previstas nos arts. 407 e 416.

Há que se observar que, em verdade, não contemplam hipóteses de inexistência do dano, mas sim, como dizia Agostinho Alvim, de dispensa da alegação do prejuízo, o que, para nós, implica presunção *jure et de jure*, portanto com efeitos equivalentes à plena validade e eficácia da simples alegação.

Assim, ao lesado será devida reparação integral das perdas sofridas, enquanto os lucros serão calculados dentro dos critérios de razoabilidade.

Quando se está diante de danos materiais, a aferição da real extensão é mais simples e permite efetivamente a devida indenização integral, porque se está diante de dano certo, aferível, mas, quando se fala em dano moral, não se pode pensar em efetiva reparação, e sim em fixação de uma reparação que permita derivativos amenizadores da dor sofrida.

Quanto aos lucros cessantes, Aguiar Dias elogiou o art. 1.059 do Código de 1916, ao utilizar a expressão "o que razoavelmente deixou de lucrar". Disse, à p. 720 de sua obra retrocitada:

"Está isento de censura, a este respeito, o legislador brasileiro que estabeleceu, nos arts. 1.059 e segs. do Código Civil, limites para a apreciação dos lucros cessantes. O razoavelmente do art. 1.059 integra, com perfeita concisão, a fórmula mais extensa e menos feliz do § 252, alínea 2ª, do Código Civil alemão, que considera frustrado 'o lucro que certas possibilidades

induzissem a esperar, atendendo ao curso normal dos acontecimentos ou às especiais circunstâncias do caso concreto e particularmente às providências e medidas postas em prática’”.

O Código atual eliminou o parágrafo único do art. 1.059 do Código de 1916, que ensejava admitir só incidente na mora, pela referência expressa à forma e tempo, como não incidia sobre o dano emergente.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Mesmo contendo redação diversa, curioso observar o que dispôs o art. 1.621 do Código Civil de Quebec: “Lorsque la loi prévoit *l’attribuition de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.* Iis s’apprécient en tenant compte de toutes les circunstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de as situation patrimoniale ou de l’étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, dua fait que la prise en charge dua paiment réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers”.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano, Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Esta norma está conforme o tratamento usual da responsabilidade civil quanto ao dolo como elemento do ilícito, ou seja, um tratamento distinto do dolo-vício. Como elemento do ilícito o dolo é um requisito psicológico dele, já no dolo-vício, é uma hipótese autônoma e típica do ilícito, a malícia.

O dolo não é elemento essencial do ato ilícito, como ocorre com a culpa.

No presente dispositivo o que fica claro é que o dever de indenizar as perdas e danos está relacionado ao dano, como forma de compensação pela inexecução da obrigação.

A regra geral é a de que sem dano não se indeniza, ainda que se fale em exceções, como as mencionadas por Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 180): os juros moratórios, a cláusula penal, as arras penitenciais e a multa penitencial.

Cabe lembrar, todavia, que as hipóteses não são de inexistência de dano, mas de dispensa de alegação do prejuízo e de imposição de pena.

O que serve de parâmetro para a fixação das perdas e danos é o denominado dano direto, ou seja, aquele que decorre direta e imediatamente do inadimplemento, da inexecução da obrigação.

Não se tem em mira o aspecto psicológico do causador do dano, mas só o dano previsível, que é o que leva à fixação do *quantum* indenizatório.

Por isso é que não há relevância para a fixação das perdas e danos, a classificação do comportamento do inadimplente.

As previsões relativas ao dolo no âmbito processual não interessam no presente caso.

Art. 404. As perdas e os danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.061. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.153; Código Civil italiano, art. 1.224; Código Civil chileno, art. 1.559; Código Civil de Quebec, arts. 1.614, 1.615 e 1.616.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo inova de forma ampla sobre o texto do art. 1.061 do Código de 1916, não se restringindo ao parágrafo único acrescido.

O que se tem de novo é a imposição da atualização monetária, além dos juros, e, ainda, a menção de ordem processual, relativa às custas e honorários advocatícios, o que é de estranhar, pois foi uma intromissão indébita no âmbito do processo.

A atualização monetária é decorrente da previsão de inflação, que era galopante no período de elaboração do projeto, e veio a se agravar no de tramitação.

O acréscimo da atualização, custas e honorários decorreu de emenda na fase da Câmara.

O originalmente proposto pelo professor Agostinho Alvim foi a manutenção do art. 1.061 como *caput* e a inclusão do parágrafo único, com a seguinte

justificativa:

"No Capítulo das perdas e danos foi acrescido um parágrafo único ao art. 1.061.

Não convinha manter o regime estabelecido por este dispositivo, segundo o qual, nas obrigações de pagamento em dinheiro, a indenização do prejuízo terá que se limitar aos juros da mora.

Ainda que estes juros, pelo Anteprojeto, não tenham o limite estabelecido pelo Código, o certo é que a infração, por parte do devedor, pode causar sérios prejuízos ao credor, sem que haja razão de direito que escuse a indenização suplementar.

Acresce que o texto do Código ressalva a cláusula penal, que representa o dano prefixado pelas partes. Por que impedir, então, que o credor possa pedir o ressarcimento pelo dano que prove existir?".

O que se vê, agora, é que, com a incidência da atualização monetária, do *caput*, mais os juros da mora, e, ainda, no processo, se houver, das verbas da sucumbência, custas e honorários, o parágrafo único, que visava a recomposição do efetivo prejuízo, mediante intervenção judicial, ficou praticamente sem aplicação, até porque injustificado, em face da previsão antecedente.

Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Sem precedentes na legislação comparada.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile:* la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Espanã: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Este dispositivo, em verdade, tem sua origem no § 3º do art. 1.536 do Código de 1916, em que a referência a ato processual se justificava pela ausência de Código de Processo à época de elaboração daquele Código.

Porém, com a longa tramitação do projeto, ficou repetitivo do contido no art. 219 do Código de Processo Civil, que, por certo, é melhor sede para referir e estabelecer as conseqüências dos atos processuais.

O que se há de entender é que o artigo fixa o termo inicial para o cômputo dos juros de mora às obrigações que dependem de interpelação para a constituição em mora, pois, evidentemente, inaplicável às obrigações decorrentes de ato ilícito (art. 398), como as hipóteses que tipificam a mora *ex re*, pela fixação prévia do termo, a par de a obrigação ser líquida e positiva (art. 397, *caput*).

A introdução desse dispositivo implicou a alteração de localização no sistema do Código, atendendo à melhor técnica.

CAPÍTULO IV
DOS JUROS LEGAIS

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

CÓDIGO DE 1916*: Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano.*

Art. 1.063. Serão também de 6% (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 104 do Livro V; Código Civil português, art. 806º; Código Civil russo, art. 395; Código Civil de Quebec, art. 1.618.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e*

suas conseqüências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá. 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Contempla este dispositivo diversas hipóteses, ou seja, a dos juros não convencionados, ou convencionados, mas sem taxa estipulada, e, ainda, a dos denominados juros legais.

Alterando a forma de dispor e o próprio alcance da norma, este artigo decorreu de ampla discussão no âmbito da Comissão, pois originalmente o Professor Agostinho Alvim havia proposto que a taxa a ser utilizada fosse “a bancária para os empréstimos ordinários”. Justificava que os juros variam ao sabor das circunstâncias, e que os bancários ficam sob a fiscalização do governo.

Conforme se vê da exposição de motivos, no encaminhamento do projeto final, o próprio relator do Livro das Obrigações acolheu a taxa prevista para a mora dos pagamentos devidos à Fazenda Nacional.

Assim, a taxa não é mais fixa, e sim variável, mas de conhecimento público e prévio, por ser a praticada pela Fazenda Nacional.

Tendo em vista, no entanto, que a Fazenda vem praticando a taxa denominada SELIC — Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, prevista no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, se esta ultrapassar os 12% ao ano, pode-se antever a posição contrária ao excedente, por parte dos que entendem ser o limite constitucional inarredável, conforme o art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Ademais, segundo se verifica, a denominada Taxa SELIC tem sido inquinada, em decisões do STJ, como tendo ora conotações de juros moratórios, ora de remuneratórios, bem como de correção monetária.

Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros

da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.064. Ainda que não se alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora, que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 806º.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CARLYLE, Popp. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Ed. Juruá. 1995. NATOLI, Ugo e GERI, Lina Bigliazzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Buenos Aires: ed. Astrea, 1999. v. 1.

COMENTÁRIOS: Aqui se tem uma das hipóteses excepcionantes à exigência do dano. É a hipótese da mora, porque se entende que, ocorrendo esta, seja qual for o tipo de obrigação a ser cumprida, a lei presume, de maneira absoluta, que causa prejuízo para o credor.

Daí a desnecessidade de alegação do prejuízo, pois a simples mora já é entendida como caracterizadora dele.

A aplicação não fica restrita às dívidas de dinheiro, mas também a qualquer outro tipo de obrigação, desde que se tenha alcançado a liquidação do débito.

No início de vigência do Código de 1916, chegou-se a suscitar uma contradição entre o disposto no art. 1.064 e o § 3º do art. 1.536. Tal contradição inexistia, pois aquele artigo, como o art. 407 deste Código, simplesmente refere

a que se computarão os juros, enquanto aquele fixava o termo inicial para as dívidas ilíquidas.

Como o art. 1.536 do Código anterior não tem similar no novo Código e o contido no seu § 3º acabou vindo para o art. 405, tem-se claro que a referência deste último é para a apuração dos juros nas obrigações ilíquidas.

É de observar que mesmo dívidas em dinheiro podem sofrer liquidação, nos casos de atualização monetária, se houver discussão quanto aos índices utilizados, posto que muitos são os índices oficiais, ainda que não devessem ser.

CAPÍTULO V
DA CLÁUSULA PENAL

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 921. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, arts. 1.226 (definição) e 1.228; Código Civil suíço, art. 160 do Livro V; Código Civil italiano, art. 1.382; Código Civil português, art. 810º; Código Civil argentino, art. 652; Código Civil chileno, art. 1.535; Código Civil russo, art. 394; Código Civil de Quebec, art. 1.622 (“De l’évaluation anticipée”).

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. CYTERMANN, Anne Sinay. “Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement” — In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Tables Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MATTIA, Fábio Maria de. RT, 383/35 a 56. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 1. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2.

COMENTÁRIOS: A cláusula penal, que havia sido introduzida na legislação pelo Código de 1916, ainda que tivesse sido prevista no *Esboço* de Teixeira de Freitas, e nos projetos de Felício dos Santos e de Coelho Rodrigues, sofreu mudança substancial de localização no atual, uma vez que figurava no âmbito das modalidades das obrigações, porque era entendida, segundo Clóvis Beviláqua, como obrigação acessória, por destinar-se a reforçar a obrigação, mas, agora, segundo o Professor Agostinho Alvim, na exposição ao Instituto dos Advogados Brasileiros:

"O Projeto considera que a indenização pelo inadimplemento é apurada por ofício e ministério do juiz (perdas e danos); ou é fixada por lei (juros legais e outros casos); ou é prefixada pelas partes (cláusula penal e arras)".

Daí ter sido localizada no Título do inadimplemento das obrigações.

Limongi França, raro monografista da matéria no nosso direito, ao formular o conceito da cláusula penal, acaba por concordar com tal localização topográfica, ao dizer:

"...cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se pré-avaliação das perdas e danos e punição do devedor inadimplente" (*Teoria e prática da cláusula penal*, p. 323).

É bem de ver que a doutrina difere a denominada cláusula penal pura da cláusula penal não pura, como se vê de Fábio Maria de Mattia, na *RT*, 383/35-56.

A cláusula penal pura equivale à que é assim descrita por Antunes Varela, no seu *Direito das obrigações*, p. 170:

"A cláusula penal, diz com efeito o art. 917, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, a alguma cláusula especial, ou simplesmente à mora.

Quer dizer que a cláusula penal ou pena convencional pode ser estipulada pelas partes como sanção contra a não realização, definitiva ou temporária, quer da prestação principal, quer das prestações secundárias, ou contra a inobservância de qualquer dever acessório de conduta a cargo do obrigado".

Portanto, aqui, ainda uma vez estamos diante de alusão clara ao conceito de obrigação complexa, ou como processo, já feita desde o início do presente livro, daí a referência aos deveres acessórios, também denominados laterais.

Em complementação, pois, trazemos a colocação de Jorge Cesar Ferreira da Silva, em *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 81-82, após referir à origem da doutrina de Stoll:

"A doutrina posterior, porém, alargou a concepção dos deveres laterais, incluindo entre eles todo um conjunto de deveres que tem uma relação com a prestação, mas uma relação *indireta*, ou, com outra palavra, *qualitativa*. (...)

O que se processa, com isso, é um alargamento unificador da noção de adimplemento. A partir da visualização e compreensão dos deveres laterais, passa-se a entender, não só na Alemanha, como também na França, na Itália, em Portugal etc., que o adimplemento abarca todos os interesses envolvidos na obrigação, estendendo-se, portanto, dos deveres de prestação aos outros deveres de comportamento (deveres laterais), reunidos nestes tanto os não-vinculados à prestação, mas relativos aos cuidados necesários à pessoa e aos bens da outra parte expostos pela relação (os deveres de proteção, de Stoll), quanto os deveres indiretamente vinculados à prestação".

A cláusula penal não pura, para De Mattia, é a que serve de prefixação do *quantum*.

O presente dispositivo, que é o introdutório da cláusula penal, afirma o caráter sancionatório, em face do descumprimento culposo da obrigação, ou da mora, o que está de acordo com sua origem etimológica, uma vez que se originou de *stipulatio poenae*, ou seja, de estipulação da pena.

Fica claro que o dispositivo abrange tanto o inadimplemento absoluto como a mora, bem como que a culpa é elemento, sendo exigível de qualquer outro ato, ou formalidade, a partir da caracterização.

No plano teórico, houve várias teorias para justificar a cláusula penal, como a Teoria do Reforço, ou seja, para reforçar, para garantir o adimplemento da obrigação; a Teoria da Pré-avaliação, ou seja, de mera fixação convencional antecipada dos prejuízos decorrentes do inadimplemento mora, ou absoluto; a Teoria da Pena, ou seja, que, mesmo quando se tenha em vista o ressarcimento do prejuízo, não deixará de haver função penal, que há de ser entendida como pena privada; a Teoria Eclética, ou seja, a que aproveita as anteriores, para dizer que é acessória, meio de reforço, avaliação convencional dos danos e sanção.

Cumpre destacar que este artigo não refere à gênese da cláusula penal, o que não inibe de afirmar-se que pode ser criada unilateralmente, ou mediante

consenso.

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 916. A cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior.*

Art. 917. A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil de Quebec, art. 1.622, 2ª parte.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. SINAY-CYTERMANN, Anne. "Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement". In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Tables Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de direito privado*: pareceres. São Paulo. Saraiva, 1987. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26.

COMENTÁRIOS: O presente artigo resulta da fusão dos arts. 916 e 917 do Código de 1916.

Há que se observar, preliminarmente, que a expressão *"Incorre de pleno direito"*, constante do artigo anterior (408), evidencia que, independentemente de qualquer referência ao dano, e a sua prova, a prestação estipulada como cláusula penal será devida.

Já o artigo seguinte, o 409, que ora comentamos, dispõe sobre o momento de nascimento da cláusula penal, que tanto pode ser concomitante com o da obrigação como ser posterior.

A parte subseqüente do artigo está diretamente vinculada ao anterior (art.

408), no sentido de explicitar que tanto pode decorrer da mora como do inadimplemento absoluto.

A cada hipótese, referente à mora, ou ao inadimplemento absoluto, a doutrina atribui uma denominação distinta. Assim, se decorrer de mora, será cláusula penal moratória, enquanto se decorrer de inadimplemento absoluto, será cláusula penal compensatória. Tal distinção tem reflexo nas disposições dos arts. 410 e 411.

Não se vê do presente artigo qualquer exigência quanto à forma, mas é decorrência lógica dele que ela deva acompanhar a da obrigação principal quando conjunto o nascimento. Mas não se interpreta o artigo como exigente da mesma forma da obrigação principal e antecedente, se criada em ato posterior, conforme o art. 107.

A pergunta que se pode pôr é: se o negócio celebrado como principal for dos que exigem forma solene, poderá nascer cláusula penal, posterior, por instrumento particular. Ocorreria, então, a invalidade?

Parece-nos que não.

A exigência da forma solene está vinculada a fins específicos, como ocorre no caso dos negócios imobiliários de certo valor em diante. Já a cláusula penal envolve prestação de direito real, não se refere à transmissão de direitos reais, mas, sim, ao cumprimento da prestação estipulada substitutivamente, portanto, geneticamente ligada ao ato jurídico de adimplemento.

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 918. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, §§ 339 e 340; Código Civil chileno, art. 1.536.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*

comentado. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. SINAY-CYTERMANN, Anne. "Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement". In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Table Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FARIAS, Cristiano Chaves de. "Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo à luz do direito civil-constitucional, do novo Código Civil e do CDC". *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: Ed. Síntese, ano III, n. 16, mar./abr. 2002. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de direito privado*: pareceres. São Paulo: Saraiva, 1987. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. ZULIANI, Ênio Santarelli. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Ed. Síntese, ano II, n. 9, jan./fev. 2001.

COMENTÁRIOS: Aqui se tem a hipótese da denominada cláusula penal compensatória, visto que decorrente do inadimplemento absoluto. Sua estipulação visa o ressarcimento do prejuízo, daí o seu nascimento como alternativa em favor do credor da obrigação original.

Veja-se que é alternativa em favor do credor, não se inserindo, portanto, na previsão do art. 252, *caput*, relativo às obrigações alternativas, em que a alternativa se dá, em primeiro lugar, a favor do devedor.

Feita a escolha pela alternativa, ou seja, pela cláusula penal, não se dá o retorno, aplicando-se o ditado: escolhida uma via, a outra não se dá. É evidente que a opção para o credor pode se dar sucessivamente ao insucesso na obtenção da prestação da obrigação principal. Mas isso não implica que se dará a cumulação da pretensão, ou seja, a exigência de ambas as prestações.

Quanto ao que deve ser objeto da estipulação, se especificamente dinheiro, não se tem dos dispositivos vistos e subseqüentes. Como observa Cristiano Chaves de Farias, no artigo "Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo à luz do direito civil-constitucional, do novo Código Civil e do CDC", na *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 16, com apoio em Arnoldo Wald:

"De outra banda, é possível que o seu objeto corresponda a uma quantia pecuniária, a outro bem economicamente apreciável ou, finalmente, à realização de um serviço ou abstenção em proveito do credor. Pode até mesmo consistir na

perda de uma certa vantagem por parte daquele que violou as disposições contratuais, como uma benfeitoria ou melhoramento. Como salienta Wald, também se admite 'cláusula cujo conteúdo seja a prática de ato ou mesmo uma abstenção por parte do inadimplente' (...)".

Não há que se olvidar que o inadimplemento absoluto pode ser total ou parcial, mas que só o inadimplemento absoluto total é que enseja a tipificação do presente artigo.

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 919. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, arts. 1.228 e 1.229; Código Civil português, art. 811º, 1; Código Civil chileno, art. 1.537.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. SINAY-CYTERMANN, Anne. "Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement". In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Table Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de direito privado*: pareceres. São Paulo: Saraiva, 1987. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26.

COMENTÁRIOS: O dispositivo em comentário difere substancialmente do anterior, porque trata de hipótese restrita à mora, mas é fundado no mesmo

espírito, ou seja, a estipulação da cláusula é em favor do credor, a quem cabe exigir o cumprimento da obrigação juntamente com a cláusula, que é uma sanção de rigor muito menor do que a da hipótese do inadimplemento absoluto, que é a compensatória.

Limongi França (*Teoria e prática da cláusula penal*, p. 200) observa que essa cláusula penal, denominada comumente moratória, na verdade tipifica cláusula compensatória cumulativa, uma vez que dá ao credor a possibilidade de exigir conjuntamente, em contraposição à alternativa do artigo precedente. Tal denominação, todavia, não implica natureza diversa, mas, sim, que a moratória é subespécie da compensatória.

Vale, ainda uma vez, citar Limongi França, para quem a simples denominação de tal cláusula como moratória é inadequada, pois, em verdade, enquadra-se como espécie, ou subespécie da compensatória.

A justificativa da cumulação em favor do credor sempre foi desenvolvida com referência à origem meramente moratória de tal cláusula, mas é de lembrar que o dispositivo alcança também a previsão referente a uma cláusula determinada.

Há que se ver que já no art. 409, *in fine*, há previsão expressa de inexecução de parte da obrigação e da mora, com o que se tem ligação entre aquele e o presente dispositivo em exame.

Decorre do conteúdo da cláusula especialmente determinada que a previsão penal, a ela relativa, há de ser proporcional à que lhe dá origem.

Impõe-se observar, ainda, que ao credor é dado pedir o cumprimento da obrigação e da cláusula penal de uma só vez ou separadamente, mas nesta hipótese a primeira exigência deve ressalvar, desde logo, a exigência da segunda. Tal ressalva, a nosso ver, se impõe, não é mera questão de conveniência, como afirma Limongi França, pois o que a lei garante ao credor é a possibilidade da escolha, mas, uma vez exercida, sem ressalva, não se pode pretender que o devedor fique, ainda, submetido, visto que o direito do credor já foi exercido.

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 163 do Livro V;

Código Civil italiano, art. 1.384; Código Civil português, art. 811º, 3.

BIBLIOGRAFIA: ALLAND, Denis. “Justice privée (droit de se faire justice à soi-même)”. *Ver. Droits*, PUF/Centre National de Lettres, 2002; ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. SINAY-CYTERMANN, Anne. “Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement”. In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Table Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FARIAS, Cristiano Chaves de. “Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo à luz do direito civil-constitucional, do novo Código Civil e do CDC”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Ed. Síntese, ano III, n. 16, mar./abr. 2002. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de direito privado*: pareceres. São Paulo: Saraiva, 1987. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959. v. 26. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 21. ZULIANI, Ênio Santarelli. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Ed. Síntese, ano II, n. 9, jan./fev. 2001.

COMENTÁRIOS: Curioso anotar que Clóvis se opôs à introdução deste artigo no Código de 1916, o que ocorreu por iniciativa da Comissão do governo.

À época já existia dissenso doutrinário sobre a intervenção nas estipulações livremente assumidas pelas partes, o que se revelou claro também nos direitos positivos.

Carvalho Santos já dizia que a proteção aos fracos, diante de fixações excessivas, é que acabou gerando a nova norma, inspirada no Direito alemão, que entendia o excesso como uma violação à lealdade contratual, com ferimento aos bons costumes. Aduzia que a autonomia da vontade aos poucos ia “cedendo lugar, no campo das obrigações, aos preceitos da eqüidade” (*Código Civil brasileiro interpretado*, p. 360).

Desde aquela época entendeu-se louvável não deixar ao arbítrio judicial a fixação do valor, dado que o dispositivo previu o limite da obrigação principal como limite da normalidade, sendo excesso o que lhe sobejasse.

Essa norma é saudada como fruto da eqüidade, sendo certo que mesmo países como a França, que não admitiam referir à limitação da cláusula penal, em 1975 e posteriormente em 1985 (lei de 11-10-1985), ensejaram poder de revisão do juiz sobre as cláusulas penais, ainda que, segundo Anne Sinay-Cytermann, no trabalho "Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement", na obra *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Table Ronde du 12 decembre 1990, sob a direção de Jacques Ghestin, p. 172-173, as cortes tenham interpretado reacionariamente, isto é, no sentido de exigir qualificação rigorosa das condições de existência de uma cláusula penal.

É de observar que, por ser considerada fundamentalmente como pena privada, isto é, faculdade de justiça própria, como qualificada por Denis Alland, no trabalho "Justice privée (droit de se faire justice à soi-même)", na *Ver. Droits*, Paris: PUF, v. 34, p. 75, 2002, talvez se possa explicar a reação temerosa quanto à legislação inovadora.

Ênio Santarelli Zuliani, no n. 9, da *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 35-43, traz conclusão antiga, que saúda como de atualidade quanto ao texto do art. 920 do Código de 1916:

"...Mucio Continentino afirmou que é 'excessiva a pena cujo valor ultrapassa o da obrigação principal' e que a oportunidade que se concede ao juiz de reduzir o seu montante 'nasceu de um altruísta sentimento de solidariedade social, de proteção aos traços' (*Da cláusula penal no direito brasileiro*, Saraiva, 1926, p. 165).

O tempo revelou o acerto dessa conclusão".

Cristiano Chaves de Farias, no n. 16, da mesma revista supracitada, apresentou o trabalho "Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo à luz do direito civil-constitucional, do novo Código Civil e do CDC", em que afirma o caráter eqüitativo e de justiça social do dispositivo.

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 343; Código Civil francês, art. 1.231; Código Civil suíço, art. 163 do Livro V; Código Civil italiano, art. 1.384 (idêntico ao texto do Código de 2002); Código Civil português, art. 812º; Código Civil argentino, art. 656, 2ª parte (alterado pela Lei n. 17.711); Código Civil de Quebec, art. 1.623, 2ª parte ("Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l' exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive").

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. SINAY-CYTERMANN, Anne. "Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement". In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Table Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de direito privado*: pareceres. São Paulo: Saraiva, 1987. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26.

COMENTÁRIOS: O presente dispositivo, segundo Clóvis, teve suas origens no Direito Romano, o que é confirmado na obra monográfica de Limongi França, *Teoria e prática da cláusula penal*, que refere à tríplice finalidade da cláusula penal, como caracterizadora:

"a) Reforçar o vínculo de outra obrigação.

b) Estimular o cumprimento dessa obrigação, com a ameaça de uma pena.

c) Proporcionar ao credor a pré-avaliação das perdas e danos".

Porém, quanto à alegada proporcionalidade existente naquele direito, Limongi (idem, p. 24-25) diverge, invocando Ferrini, que dizia: "a inexecução parcial da obrigação principal faz incorrer em toda a pena", transcrevendo, a seguir, texto de Paulo (D. 45, 1, 85,6), "no que concerne à obrigação de pagar toda a pena, mesmo no caso de execução parcial, veja-se Paulo...".

Enfim, o Direito Romano já tinha um sistema relativo à cláusula penal, o qual, porém, não previa a sua proporcionalidade, ou redução, considerando-a sempre de maneira integral e indivisível.

Foi no Código Napoleônico que se introduziu a possibilidade de revisão da cláusula, em face do cumprimento parcial, como se vê do art. 1.231, sem fixação de parâmetros, com referência, somente, ao cumprimento parcial.

O direito alemão também contém regra sobre a hipótese.

Há nítida influência do princípio da eqüitatividade no presente dispositivo.

O novo teor do dispositivo alarga a previsão do Código de 1916, de forma a reprimir o manifesto desequilíbrio e excessiva oneração da esfera do devedor, ao permitir a intervenção judicial no caso de desde a origem da estipulação ocorrer desequilíbrio.

Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.

Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 925. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores e seus herdeiros, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado. Cada um dos outros só responde pela sua quota.*

Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra o que deu causa à aplicação da pena.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.232; Código Civil argentino, art. 661; Código Civil de Quebec, art. 1.625, 2ª parte.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. SINAY-CYTERMANN, Anne. "Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement". In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Table Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de*

direito privado: pareceres. São Paulo: Saraiva, 1987. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. ZULIANI, Ênio Santarelli. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Ed. Síntese, ano II, n. 9, jan./fev. 2001.

COMENTÁRIOS: A inexecução da obrigação implica um comportamento contrário ao direito; logo, um ilícito civil, que gera a exigência do todo da obrigação, porque esta é que é indivisível, enquanto, no que tange à cláusula penal, que não é indivisível, vai levar cada devedor, não imputado diretamente pelo inadimplemento ou mora, a responder por sua parte na cláusula penal. Só o diretamente responsável pelo fato (o culpado), que deu azo à exigibilidade da cláusula, é que pode ser submetido à exigência integral desta, pelo credor. A origem do presente dispositivo também remonta ao Código Napoleônico, art. 1.232.

O parágrafo único deixa claro o direito de regresso dos não culpados contra o que ensejou o pagamento da cláusula, pois, sendo acessória, aqueles tiveram de pagar o principal mais o acessório, mas não perderam seu direito próprio de exigir do culpado a reposição daquilo a que não deram causa, que, no caso, é o pagamento da cláusula penal.

Art. 415. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 926. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor, ou herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil francês, art. 1.233; Código Civil chileno, arts. 1.539 e 1.540; Código Civil argentino, art. 662; Código Civil de Quebec, art. 1.625, 1ª parte.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C.

Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. SINAY-CYTERMANN, Anne. "Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement". In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Table Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de direito privado*: pareceres. São Paulo: Saraiva, 1987. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26.

COMENTÁRIOS: Já na hipótese presente, relativa à obrigação divisível, cada qual responde por sua parte, não pelo todo, com o que a violação que leva à cláusula penal pode ser individuada, e, assim, a exigibilidade da cláusula se dá contra o infrator especificamente, ficando os demais a salvo.

Também este artigo teve suas origens no Código Napoleônico, art. 1.233.

Limongi França traz a exame a dúvida que se suscita quando a indivisibilidade da obrigação se deu por livre vontade das partes. À pergunta se na hipótese pode-se admitir a divisão da cláusula penal, por seu caráter acessório, ele responde negativamente, lembrando, contudo, que tal indivisibilidade não poderá ser perpétua, mas temporária, quando fixada pelo doador ou testador, o que está previsto no § 2º do art. 1.320 do novo Código.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

CÓDIGO DE 1916: Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 811º, 3; Código Civil chileno, art. 1.542.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados*

Brasileiros, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. SINAY-CYTERMANN, Anne. "Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement". In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*: Actes de la Table Ronde du 12 decembre 1990. Dir. Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991. FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. GOMES, Orlando. *Questões mais recentes de direito privado*: pareceres. São Paulo: Saraiva, 1987. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26.

COMENTÁRIOS: A regra geral é a de que só se pode pedir reparação decorrente de ilícito se houver dano, razão pela qual o novo Código alterou a redação do art. 186, substituindo a disjuntiva *ou* pela conjuntiva *e*.

Assim, só se pode responsabilizar civilmente se, além do ilícito, houver ocorrido dano.

Ora, este artigo expressamente dispõe, no seu *caput*, que a pena convencional não tem sua exigibilidade condicionada ao prejuízo, ao dano, o que está de acordo com a previsão inicial do Capítulo V — "Da cláusula penal", art. 408.

A fixação da cláusula pode servir de prefixação das perdas e danos, mas sua finalidade não é exclusivamente esta, de forma que não é exigido o prejuízo como condição para o pedido do cumprimento da cláusula penal.

Sua previsão, no dizer de Clóvis, pode equivaler à de uma condição suspensiva, ou seja, se ocorrida a inexecução absoluta, ou a mora, dá-se a exigibilidade da cláusula penal, evitando-se qualquer discussão relativa a perdas e danos.

O parágrafo único vem a constituir uma exceção na sua segunda parte, visto que a regra geral está na primeira, em que se nega a possibilidade de o credor alegar a insuficiência da cláusula penal em face do prejuízo ocorrido.

Há que se lembrar que ao credor é dada a opção: ou exigir as perdas e danos, com suas inconveniências, ou pedir a cláusula penal. Feita tal opção, em princípio não se permite voltar atrás, buscar a via deixada de lado.

Daí a segunda parte ter de excepcionar expressamente, ressalvando às partes, no exercício da autonomia privada, a possibilidade de fixação da cláusula penal como valor mínimo da indenização, incumbindo ao credor a prova da insuficiência para cobrir as perdas e danos. Tal disposição, porém, traz, desde

logo, uma dificuldade, que é a limitação prevista no art. 412, como limite da cláusula penal, aí pensada como forma de cabal satisfação das perdas e danos.

Diante da divergência doutrinária, ocorrida no âmbito do Código de 1916 e da legislação extraordinária subseqüente, Limongi França propôs distinguir as espécies de cláusula penal:

"De nossa parte, temos a ponderar que, antes de mais nada, é preciso distinguir as diversas espécies de cláusula penal.

Como já foi visto, ela pode ser:

a) punitiva;

b) compensatória alternativa;

c) compensatória cumulativa;

d) liberatória (multa penitencial).

No primeiro caso, uma vez que tem por finalidade impor somente uma pena, claro está que o credor tem direito de cobrar, além desta, quer a obrigação, quer as perdas e danos pelo inadimplemento.

Evidentemente, o prejuízo deve ser provado.

Não assim no que tange à cláusula compensatória alternativa, porquanto, como se viu, ela apenas dá direito à cobrança da obrigação ou pena, entendendo-se esta como acordo prévio quanto aos danos. Também, em princípio, não há direito à cumulação na cláusula cumulativa (pena 'moratória'), porque a cumulação aí se restringe à obrigação mais a pena, com caráter igual à da anterior.

Finalmente, o mesmo se passa com a pena liberatória, e com maior razão, por isso que, instituída em benefício do devedor, tem por finalidade desobrigá-lo da obrigação.

Mas tanto com referência às duas espécies de multa compensatória alternativa e cumulativa, como no atinente à penitencial, é perfeitamente possível que as partes estabeleçam que, além da pena, caiba cumulação com perdas e danos.

O acordo pode tanto dizer respeito à totalidade dessas perdas e danos, como à diferença entre o montante efetivo dos prejuízos e o valor da pena.

Funda-se essa solução no princípio da autonomia da vontade, bem assim no fato de não ferir nenhuma disposição de ordem pública.

Por outro lado, não desfigura qualquer daqueles institutos, porquanto a pena em si continua desempenhando o respectivo papel, quer de reforçar (cláusula penal própria), quer de liberar a obrigação (cláusula penal imprópria)".

CAPÍTULO VI
DAS ARRAS OU SINAL

Art. 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.096. Salvo estipulação em contrário, as arras em dinheiro consideram-se princípio de pagamento. Fora esse caso, devem ser restituídas, quando o contrato for concluído, ou ficar desfeito.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: O Código Civil francês em seu art. 1.590, determina que, se a promessa de venda é feita com arras, qualquer das partes pode arrepender-se, perdendo-as quem as deu, se seu for o arrependimento devolvendo-as em dobro quem as recebeu se, ao contrário, couber-lhe a culpa do inadimplemento; Código Civil alemão, art. 336; Código Civil suíço, art. 158 do Livro V; Código Civil português, art. 440º ("Antecipação do cumprimento. Sinal"); Código Civil italiano, art. 1.385.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 2. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das Arras*, Porto Alegre: Liv. do Advogado Ed., 1998. RODRIGUES, Silvio. *Das arras*. Tese de Livre-Docência, USP, 1955; *Direito civil*: parte geral das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 1. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

COMENTÁRIOS: A nova denominação do capítulo: "Das arras ou sinal", já evidencia que houve alteração em relação ao Código de 1916, que o denominava, simplesmente, "Das arras", além de estar disposta como Capítulo

III do Livro dos Contratos.

Agostinho Alvim, na sua exposição perante o Instituto dos Advogados Brasileiros, sobre o tema, assim iniciou:

"42) As arras constituem outro caso de indenização prefixada pelas partes e por isso o Anteprojeto colocou o respectivo capítulo logo em seguida ao da cláusula penal, com a qual elas têm parentesco próximo.

Alguns códigos chegam a tratar conjuntamente dos dois institutos, debaixo de uma só epígrafe: o alemão, rubrica que precede o art. 336, o italiano, rubrica que antecede o art. 1.382.

A disciplina das arras ou sinal não é das mais felizes do Código Civil. Dúvidas e dúvidas se têm suscitado.

Por isso mesmo, o Anteprojeto, levando em conta as críticas, reformulou a matéria em quatro artigos.

Os três primeiros ocupam-se das arras confirmatórias; o último das arras penitenciais.

A orientação do Anteprojeto neste ponto encontra franco apoio nos dispositivos do Código Civil alemão, arts. 336 e segs., e italiano, arts. 1.385 e 1.386, guardando mais aproximação com estes dois diplomas do que com o moderno Código Civil português, arts. 440 e 441".

O dispositivo em exame trata expressamente do momento de conclusão do contrato, portanto, da gênese dele, como do momento da entrega das arras à outra parte, para atribuir conseqüência sobre esta já na fase de execução ou na inexecução do contrato.

Portanto, identifica, desde logo, duas finalidades diversas, ou seja, para firmar a presunção de acordo final, isto é, de que o contrato é firme, ou para assegurar às partes o direito de arrependimento, do que decorre a diversa denominação dada a cada qual: arras confirmatórias e arras penitenciais.

A palavra "arras" veio do latim, *arrha*, segundo Caio Mário da Silva Pereira, em *Instituições de direito civil*, p. 67, em que o autor lembra que era conhecida no grego como *arrabôn*, no hebraico como *arravon*, no persa como *rabab*, e no egípcio como *aerb*, mas em todas tinha o sentido de penhor, de garantia.

No nosso direito são poucas as monografias sobre o tema das *arras*. Silvio Rodrigues desenvolveu sua tese de livre-docência, na USP, sobre elas, tendo feito a defesa em 1955, mas não chegou a editá-la como livro para circulação.

Com base em obra de Evaristo Carusi, autor italiano, Silvio Rodrigues, no seu *Direito civil*: parte geral das obrigações, diz que o desenvolvimento no Direito Romano se deu em razão de que o consenso, por si só, não bastava para o

nascimento do contrato, usando-se as arras para reforçar o liame contratual, inibindo a tentação de abandonar o compromisso, penalizando, pois, o arrependimento.

Com o curso do tempo elas foram perdendo esse caráter de reforço do vínculo contratual, pela força crescente dos contratos. Assim, passaram a ter função de prova do contrato, mas isso não inibiu o seu uso como condição para garantir o arrependimento.

Na fase da reforma justinianéia, as arras passaram a ter duplo papel, ou seja, de confirmatórias e de penitenciais, e isso para ambas as partes, sendo que, no caso do vendedor, com a devolução em dobro, e no do comprador, com a perda simples.

Aí estão os tipos de arras que acabamos vendo desenvolvidas no direito contemporâneo: arras confirmatórias e arras penitenciais.

O Código Civil francês veio a adotar a figura só das arras penitenciais, enquanto a BGB veio a regulá-las como confirmatórias.

No Direito brasileiro pré-codificado prevalecia a posição baseada no Código francês, até que sobreveio o Código de 1916, adotando a posição da BGB, como se vê do art. 1.094, sendo certo que as penitenciais, previstas no art. 1.095, são exceção à regra geral, implicando previsão expressa.

Assim, pode-se dizer que o presente artigo tem sua raiz no art. 1.094 e no art. 1.096, porque aqui temos a hipótese das arras confirmatórias, razão pela qual, se o contrato não for executado, deverá ocorrer a devolução, como, se for executado, as arras servirão de sinal e princípio de pagamento, ou, como diz o novo artigo, computadas na prestação devida, mas desde que do mesmo gênero da obrigação contratual, dita, aí, como principal, para reforçar a condição de acessoriedade das arras.

Note-se que a restituição prevista neste artigo só concerne à restituição simples, em razão do caráter confirmatório.

Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.097. Se o que deu arras der causa a se*

impossibilitar a prestação, ou a se rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro.

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil alemão, § 337; Código Civil italiano, art. 1.385, 2ª parte; Código Civil português, art. 442º, 1 e 2.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 3. GARCEZ NETO, Martinho. *Repertório Enciclopédico do Direito* (de Carvalho Santos). Rio de Janeiro: Borsoi (v. "arras"), v. IV. NATOLI, Ugo. *I contratti reali.* Milano: Giuffrè, 1975. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 2. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das arras*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1998. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 1. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

COMENTÁRIOS: Neste artigo tem-se previsão dupla, da retenção e da restituição agravada.

A primeira parte, relativa à retenção, é assim descrita por Lia Palazzo Rodrigues (*Das arras*, p. 44):

"Se o faltoso for quem deu arras — nesse caso, perdê-las-á em favor do outro. A parte que se manteve firme no contrato retém as arras recebidas como antecipação da indenização pela infidelidade da outra. Não há, aqui, que fazer prova do dano. O simples fato da inexecução culposa autoriza que ele as retenha. É a imposição da pena. No entanto, se os prejuízos suportados foram superiores ao valor das arras, cabe pedir indenização com fulcro no art. 1.056, só que, agora, comprovando a extensão do dano.

Não se trata, no caso, como quer Mendonça (apud Santos, 1951) de transmudar as arras confirmatórias em penitenciais. Quem se arrepende não pratica ilícito algum...".

Já na segunda parte, relativa à inexecução de quem recebeu as arras, a previsão é mais grave, porque, além da prestação, deverá arcar, ainda, com o equivalente, atualizado monetariamente, juros e honorários advocatícios.

Aqui se tem a opção do legislador diante do dissídio doutrinário que imperava no âmbito do Código de 1916. É que, quando do estudo das confirmatórias, parte da doutrina entendia que se estava diante de prévia determinação das perdas e danos, como se vê de Serpa Lopes, em seu *Curso de direito civil*, p. 211, e de Washington de Barros Monteiro, em seu *Curso de direito civil*: direito das obrigações, p. 42. No sentido de que não se estava diante de hipótese de prévia estimativa de perdas e danos, tinha-se Agostinho Alvim, Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes.

Desde há muito entendíamos que estavam absolutamente corretos os últimos, o que ficou claramente evidenciado no novo Código pela conjugação que se há de fazer entre o presente dispositivo e o subseqüente, o art. 419, que não tem similar no Código de 1916.

Martinho Garcez Neto, com apoio em parecer de Alvino Lima, no verbete "arras", do *Repertório Enciclopédico do Direito* de Carvalho Santos, já fazia a interpretação correta do art. 1.095 do Código de 1916:

"Fazendo ressaltar o caráter supletivo do art. 1.095, o insigne catedrático da Universidade de São Paulo nos traça esta síntese insuperável: 'A opinião generalizada é a de que, em face da lei e no silêncio do contrato, nenhuma das partes poderá exigir do contratante inadimplente a cumulação da 'caparra'e as perdas e danos, visto como aquela, apesar de ser comumente inferior ao dano, representa a satisfação das perdas e danos (*vide* Georgi — *Delle Obbligazioni*, v. 4, n. 469; Palacco — *Le Obbligazioni nel Dir. Civ. Ital.*, 2ª ed., n. 138 e nota 2; Venzi — Notas a Pacifici-Mazzoni, 5ª ed., vol. I, n. 100)'. Entretanto, outros, como Mario Sarfatti (*v*. 'Caparra', em 'Enc. Giuridica Italiana', v. 3, parte I sec. II) e Aldo Bozzi (*v*. 'Caparra' — em 'Nuovo Digesto Italiano' — v. II, com apoio em Morel e Lombardi) sustentam a opinião contrária. Desde, porém, que as partes tenham expressamente convencionado que, além das *arrhas poenitentialis*, responderá o inadimplente por todas as perdas e danos, a convenção é perfeitamente lícita".

A observação atual feita por Silvio Rodrigues, no seu *Direito civil*: parte geral das obrigações, corrobora o que Agostinho Alvim projetou, no mesmo sentido do projetado por Caio Mário, no seu Código das Obrigações, art. 311, no sentido de permitir ao inocente o pedido de indenização suplementar, o que jamais seria viável, em se tratando o artigo presente de estimativa de perdas e danos, na

determinação da restituição.

A restituição passa a ser devida exatamente em razão da inexistência do contrato, da inexistência de relação jurídica obrigacional entre as partes, com o que não haverá título que justifique a permanência das arras no patrimônio da outra parte. Configurar-se-ia hipótese de enriquecimento sem causa a não-restituição. Com precisão Ugo Natoli, ainda que desenvolvendo quanto a outro tema, em *I contratti reali*, p. 22-23, diz:

"Da qui, alla collocazione dell'obbligazione di restituire al di fuori della sfera effetuale del contratto, il passo appare brevíssimo ed esso è stato fatto in vario modo, ricollegando la stessa obbligazione alla detenzione *sine titulo*, nella quale si troverebbe *l'accipiens* a partire dal momento della cessazione del rapporto per scadenza del previsto termine finale (Osti; Berliri)...".

As perdas e danos têm por fonte o inadimplemento culposo, e tem sua limitação na extensão do prejuízo. A doutrina, à luz do Código de 1916, entendia que a restituição devia ser compensada com as perdas e danos, o que deixa de ser admitido em face do novo texto do dispositivo, que refere à restituição *mais* o equivalente às perdas e danos.

Art. 419. A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente, exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.

CÓDIGO DE 1916: *Sem precedentes.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil português, art. 442º, 3.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. GARCEZ NETO, Martinho. *Repertório Enciclopédico do Direito* (de Carvalho Santos). Rio de Janeiro: Borsoi (v. "arras"), v. IV. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 2. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi,

1959. v. 26. RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das arras*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1998. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 1. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

COMENTÁRIOS: Como já referido no comentário ao artigo anterior, este dispositivo novo, sem precedente no Código de 1916, põe fim à discussão tanto no que respeita à natureza confirmatória dos três primeiros dispositivos, inclusive dele próprio, como no que tange à não-previsão de a restituição ser considerada como estimativa das perdas e danos.

Se assim fosse este artigo não poderia existir.

Aqui, de forma clara e insofismável tem-se que as arras são o mínimo, e que a integridade do prejuízo pode ser demandada.

O requisito subjetivo é qualificado pela denominada inocência, ou seja, quem não deu causa à inexecução do que se projetava contratar e executar como contrato.

A segunda parte do dispositivo deixa claro que a execução do contrato, ou seja, da obrigação principal, pode ser pedida mesmo que se haja tomado as arras como mínimo indenizatório, o que, mais uma vez, reforça que não pode ser tomada como estimativa das perdas e danos.

Este é o último dispositivo relativo às arras confirmatórias, que, como se disse *supra*, sempre tiveram uma função comprobatória, que, todavia, não é exclusiva. Por isso mesmo, Lia Palazzo Rodrigues (*Das arras*, p. 73) formula conclusão de que com tal significado não tem sentido existirem arras nos contratos celebrados por instrumento particular, ou público, mas tão-somente devem existir nos contratos desprovidos de qualquer formalidade.

Com o máximo respeito, não há como concordar.

A função das arras é confirmar contrato que deverá ser celebrado, daí a razão fundamental inclusive de se ter alterada a denominação do capítulo para arras ou sinal.

O sinal ainda não é o contrato, como as arras. Tem-se só uma obrigação de contratar.

Martinho Garcez Neto, no verbete “arras” do *Repertório Enciclopédico do Direito* de Carvalho Santos, lembra:

“É o caso do sinal ou arras de arrependimento, que é dado com o caráter penitencial, na previsão da desistência ou retirada de um dos contratantes, e corresponde àquela figura que os juristas franceses chamam ‘dedit’, ou soma

entregue a uma das partes e devida por aquela que pretende se arrepender do contrato (8), ou, conforme a definição de Rossel, ‘une somme versée a l’une des parties et due par celle qui veut se départir du contrat’ (9). A rigor, porém, a palavra arras (em latim — *arrha*; em alemão — *Angeld. Draufgeld, Dinggeld*; e em italiano — *caparra*), que é de origem grega, significa sinal (ou, em francês — *gage*), isto é, a soma de dinheiro ou a coisa móvel dada por uma das partes, à outra, no momento da conlusão do contrato”.

Aliás, será difícil imaginar arras que não se revistam de forma documentada, pela imensa dificuldade de se comprovar sua real natureza jurídica.

É de lembrar Bianca (*Diritto civile*: la responsabilità, p. 362), que atribui às arras uma função de garantia, tendo alguns autores italianos, como Gabba, chegado a dizê-las análogas à caução.

Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

CÓDIGO DE 1916: *Art. 1.095. Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependido for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restituí-las-á em dobro.*

CÓDIGOS ESTRANGEIROS: Código Civil suíço, art. 158, 3ª alínea; Código Civil italiano, art. 1.386; Código Civil português, art. 442º, 4.

BIBLIOGRAFIA: ALVIM, Agostinho. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, edição especial, Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 1972. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. 4. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1995. GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 2. Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das arras*. Porto

Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1998. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. 1. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

COMENTÁRIOS: A presente hipótese, última do capítulo e do título, é relativa às arras penitenciais.

Sua função é exatamente servir ao exercício do direito de arrependimento, como indenização suficiente.

Antunes Varela, em *Direito das obrigações*, p. 171, ao distinguir arras de cláusula penal, diz:

"Mas há casos em que, sem se vincular definitivamente à realização de determinado ato, uma pessoa se obriga para com outra a efetuar uma prestação, com caráter de sanção, caso não realize esse ato.

É o que sucede nos chamados *contratos-promessa*, *com cláusula* (expressa ou implícita) *de arrependimento*. E deve, em princípio, considerar-se que há cláusula (tácita ou implícita) de arrependimento, sempre que a promessa seja acompanhada de *arras* ou *sinal*.

(...)

Há ... a *constituição dum sinal* ou a estipulação duma *multa penitencial* mas não há uma *cláusula penal* ... se não celebrar o contrato definitivo, *não falta* ao cumprimento da obrigação: paga apenas o preço de uma liberdade (ou faculdade) que se reservou.

Apesar da diferença de natureza que os separa, a *cláusula penal* e o *sinal penitencial* (ou as arras penitenciais), como expressão prática da cláusula de arrependimento, têm muitos pontos em comum no seu regime".

O ilustre professor português remete, em nota de rodapé, a Orlando Gomes, quando se refere à multa penitencial, mas o mestre baiano não aplicava a expressão como sinônimo de arras, muito ao contrário, distinguia a hipótese de arrependimento do descumprimento do contrato, isso ainda na 2ª edição de *Contratos* (1966, p. 110):

"As ARRAS PENITENCIAIS consistem na entrega de quantia, feita por um contratante ao outro, para que fiquem com o direito de arrependimento, se deixarem de concluir o contrato, ou se o desfizerem.

Possuem o caráter de PENA, mas não se confundem com a MULTA PENITENCIAL. Esta visa a garantir a efetividade do contrato, enquanto as arras têm por fim permitir que se não o execute".

Em razão de tal distinção, parte da doutrina refere-se às arras penitenciais

como faculdade, ou, ainda, como obrigação facultativa, ou seja, opção de restituir, em lugar de cumprir a obrigação projetada.

Como observou Agostinho Alvim, na exposição ao Instituto dos Advogados Brasileiros (Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 37), na matéria de arras penitenciais o que se teve em vista foi um desfecho breve, porque é caso sem complexidade, ou seja, celebrar ou não o contrato definitivo.

A hipótese implícita do mútuo arrependimento, ou da impossibilidade da prestação sem culpa de ambas as partes, é questão que preocupou Caio Mário (Instituições de direito civil, p. 72), que entende implicar a devolução simples das arras, e não em dobro, o que só é possível se ocorrer expressa previsão pelas partes.