

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

Director Responsável

ANTONIO BEUVELO

Directora de Conteúdo Editorial

GISELE DE MELLO BRAGA TAPAI

Directora de Operações Editoriais

ORIENE PAVAN

Coordenadora Editorial

DANIELLE CANDIDO DE OLIVEIRA

Analistas Documentais: Ariene Cristina Almeida do Nascimento, Bruna Shindwein Zeni, Bruno Martins Costa, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Douglas Elmauer, Henderson First de Oliveira, Ítalo Façanha Costa e Mário Henrique Castanho Prado de Oliveira.

Editoração Eletrônica

Coordenadora

ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Ana Paula Lopes Correa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino.

Produção gráfica: Caio Henrique Andrade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Miranda, Pontas de, 1892-1979

Direito das obrigações: efeitos das dívidas e das obrigações, juros
— / Pontas de Miranda; atualizado por Nelson Nery Jr., Rosa Maria de Andrade Nery. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
— (coleção tratado de direito privado: parte especial; 24)

ISBN 978-85-203-4428-6

1. Direito civil — Brasil 2. Obrigações (Direito) — I. Nery Junior, Nelson. II. Nery, Rosa Maria de Andrade. III. Título. IV. Série.

12-07507

CDU-347.4(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito das obrigações : Direito civil 347.4 (81)

42
7672
2012
N. 24

Pontes de Miranda

TRATADO DE
DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXIV

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Efeitos das dívidas e das obrigações. Juros.
Extinção das dívidas e obrigações. Adimplemento.
Arras. Liquidação. Depósito em consignação
para adimplemento. Alienação para liberação.
Adimplemento com sub-rogação.
Imputação. Compensação

Atualizado por
Nelson Nery Jr.
Rosa Maria de Andrade Nery

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

§ 2.903. TEORIAS SÔBRE A NATUREZA DO ADIMPLEMENTO

I. CLASSIFICAÇÃO DO FATO DO ADIMPLEMENTO. – Em torno da natureza da *solução* (adimplemento, pagamento), seis teorias principais surgiram: a) a teoria que viu no adimplemento negócio jurídico, às vezes bilateral, outras vezes unilateral (PH. LOTMAR, *Über Causa im römischen Recht*, 20 s.; F. LAURENT, *Principes*, 17, 477; M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, 454; E. ALEXANDER, *Die rechtliche Natur der Erfüllung*, 91; J. HUPKA, *Die Vollmacht*, 400; A. MANIGK, *Das Anwendungsgebiet*, 40 s., *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 405 s. e 728; L. ROSENBERG, *Der Verzug des Gläubigers*, *Jherings Jahrbücher*, 43, 211 s.; A. STEPHAN, *Die Unterlassungsklage*, 83 s.); b) a teoria que viu no adimplemento negócio jurídico necessariamente bilateral (R. RÖMER, *Beiträge*, 1 s.; STRUCKMANN, *Beitrag zur Lehre von der Zahlung*, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 15, 253; C. HENRICI, *Über die Frage: auf welche von mehreren Forderungen eine geleistete Zahlung abzurechnen ist?*, 14, 428 s., *Über den § 267 des Entwurf es*, 32, 99; K. HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, 134, nota 277; H. SIBER, *Der Rechtszwang*, 154; F. FERRARA, *Teoria del Negozio illecito*, 2.^a ed., 273; G. GIORGI, *Teoria delle Obbligazioni*, VII, 7.^a ed., 10; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 82 s.; F. LENT, *Die Anweisung als Vollmacht*, 10 s.; E. STAMPE, *Aus einem Freirechtslehrbuch*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 107, 285 e 314; H. KRESS, *Lehrbuch*, 464; R. HENLE, *Lehrbuch*, II, 368); c) a teoria que viu no adimplemento ato jurídico *stricto sensu* (CARL CROME, *System*, II, 231 s.; F. SCHOLLMAYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 275 s.; H. TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, 59); d) a teoria que viu no adimplemento apenas ato-fato jurídico; e) a teoria que viu no adimplemento apenas fato jurídico, ou sem precisar de que classe, ou como fato jurídico *stricto sensu* (P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, 82, 116 s. e 133; E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, 5 s.; J. BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, 227 s.; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 146 s.; H. SIBER, *Grundriss*, II, 119; FR. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 585 s.; P. OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 5.^a ed., I, 367; PH. HECK, *Grundriss*, 169 s.; KARL KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 24); f) a teoria que viu no adimplemento “ato devido”, portanto não negocial, mas sem partir de ou sem chegar à colocação precisa do ato devido, em classificação científica dos fatos jurídicos (F. CARNE-LUTTI, *Prova testimoniale dei pagamento*, *Rivista di Diritto commerciale*, 1922, II, 335, *Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, 1923, I, 356, *Teoria generale del Reato*, 27; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, 18; R. NICOLÒ, *L'Adempimento dell'obbligo altrui*, 145 s.).

Aquêle que deve a omissão libera-se com a sua conduta negativa, ainda que ignore que deve essa omissão. Infringe a sua obrigação se, sem conhecer o seu dever de abstenção, pratica o ato positivo. Se, porém, abstraímos do ato do devedor, ou do interessado, ou do não interessado em nome do devedor, e admitimos que o fato natural, ou do homem, possa realizar a prestação, reduzimos o adimplemento a espécie do adimplemento em sentido larguíssimo. Assim, a questão da natureza jurídica do adimplemento se reduz, em última análise, à questão do *conceito* de adimplemento, exceto quanto às teorias *a)* e *b)*, que não cabem, sequer, no conceito (A) ou (A, B) de adimplemento, isto é, no conceito estrito e no conceito largo de que já falamos.

Tem-se visto no conceito de *animus solvendi* obstáculo a conceber-se o adimplemento como ato-fato jurídico. Mas sem razão: primeiro, o *animus solvendi* não é vontade negocial; segundo, querer solver é querer prestar, não querer o resultado de prestar. Mais ainda: o *animus solvendi* não é pressuposto necessário.

2. EXAME DAS TEORIAS. — Não há o pressuposto necessário da vontade de extinção, nem é necessária, *a priori*, a aceitação. Se há negócio jurídico, é *plus*. Se o negócio jurídico é que se há de prestar, então o negócio jurídico está no conteúdo da obrigação, e o assunto nada tem com o problema da natureza jurídica do adimplemento. Deve A a B a casa, que foi objeto da promessa, na compra-e-venda; mas A ignora o que se passou entre o seu mandatário e B, ao contrair aquêle a obrigação como mandatário do vendedor; e A doa a B a casa. ¿Há adimplemento da obrigação de vendedor? A resposta é afirmativa, o que exclui ser o adimplemento, necessariamente, negócio jurídico e, até, ato jurídico *stricto sensu*. Restariam as teorias *d)*, *e)* e *f)*. Se o adimplemento independe da diferença de causa, se o resultado é atingido, e temos de admitir que assim é, não há revogação da doação se, doando, o doador pagou a prestação devida. Naturalmente, para êsses atos precisa o devedor de capacidade negocial, mas, aí, conforme ficou dito, já o negócio jurídico é *plus*.

Na investigação científica dos fatos jurídicos, é preciso ter-se sempre toda atenção para se não deixar de ver o que envolve o fato jurídico em pesquisa, ou o elemento estranho que nêle se insere, ou subjaz (ou sobrejuz) a êle. Por exemplo, respectivamente: no depósito em consignação para adimplemento, o que é de mister à formação da relação jurídica processual e a própria relação jurídica formada, estranhos à oblação e à recepção; nos

pré-contratos, o ato de prestar, que entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico e o que se presta, que é o negócio jurídico prometido; no endôso do título negociável, ou na tradição do título ao portador, o ato translativo e o negócio jurídico subjacente (ou sobrejacente), que pode existir (ou vir a existir), mas do qual se *abstrai*.

O que é essencial é que a realização seja conforme a obrigação e há realizações, conforme a obrigação, que só exigem o ato-fato, como o serviço, a obra e as omissões. O louco, que limpou, durante ou depois da loucura, a casa, de cuja limpeza fôra encarregado, ao tempo em que era capaz de obrigar-se, adimpliu. O ausente, julgado tal, que remeteu, por engano, ao credor, o cheque ao portador, que pensara enviar à mulher, adimpliu. Ainda nos casos em que a realização só se dá devido à boa fé do credor, *e. g.*, se foi feita a transcrição a favor do credor quanto a bem imóvel que poderia ter sido reivindicado ao transferente, o adimplemento ocorre.

No caso de haver entrega da prestação sem ser com o *animus solvendi*, se o credor aceita pela causa com que foi entregue, não há pensar-se em adimplemento, não porque seja preciso, para êle, aceitação do credor como solução, e sim porque regra jurídica incidiu sôbre o suporte fático da entrega da prestação e não há pensar-se em margem para o problema da realização da prestação conforme a obrigação. Algumas vêzes, a prestação só se pode realizar com a aceitação do credor. Essa aceitação é *plus*; e da exigência dela, na espécie, não se há de tirar argumento a favor da natureza negocial do adimplemento. Se a aceitação, na espécie, é de exigir-se, o credor precisa aceitar com o fim de cumprimento pelo devedor, ou pelo terceiro, regendo-se a aceitação pelas regras jurídicas sôbre negócios jurídicos (sem razão, P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, 109).

A teoria *a)* viu no adimplemento *pelo menos* negócio jurídico unilateral; contra ela temos os argumentos que acima foram opostos. O incapaz pode adimplir, eficazmente, nas espécies de que adiante trataremos. Não se exige *animus solvendi* em todos os casos. Há adimplementos com prestações puramente reais. O que se exige é que o adimplemento se dê e êsse ocorre sempre que, mediante atividade (positiva ou negativa) tendente à obtenção do resultado, que a prestação tem por fito, se obtém tal resultado. Se o resultado da prestação sômente pode ser atingido por meio de negócio jurídico, êsse negócio jurídico não é o ato de adimplir: o devedor adimple com prestação que consiste em negócio jurídico como poderia consistir apenas em dação. A cooperação do devedor não é, ainda aí, aceitação da oblação feita pelo devedor: o que o credor aceita é o negócio jurídico, que

o devedor *presta*. O argumento que insiste em confundir com a capacidade a aptidão a receber (*e. g.*, a propósito dos loucos) é de repelir-se, porque se trata de solução técnica para a qual os legisladores, romano, francês, alemão e brasileiro, não estavam suficientemente preparados.

A teoria que exige sempre *contrato* para que haja adimplemento (= todo adimplemento é contrato), a teoria *b*), teria como consequência não se precisar de regra jurídica especial, para o caso do credor incapaz. Mas, à base de tal teoria, está êrro grave: sòmente se pode pensar em aceitação por alguma pessoa quando a essa pessoa se deixa a faculdade de aceitar ou recusar; e de modo nenhum se pode pensar nisso em matéria de adimplemento. O devedor não pode oferecer, propor, ficando ao credor aceitar ou não. Os dois conceitos são absolutamente estranhos, intrusos, em se tratando de adimplemento. Quem adimple ou consegue, com a oblação, liberar-se e extinguir a dívida, ou põe em mora o credor, ou lança mão do depósito em consignação para adimplemento, a fim de se liberar. Não há nenhuma liberdade do credor. Não há, pois, falar-se de *aceitação*; há recepção, ou não há recepção. O devedor pode vir a liberar-se sem qualquer ato do credor, inclusive contra ato ou atos do credor.

O argumento de ser a recepção – dita, erradamente, “aceitação” – da prestação ato de disposição sôbre o crédito, se o credor recebe do terceiro interessado, é sem qualquer fundamento. O credor, que recebe do terceiro interessado, não dispõe do crédito: apenas recebe. A lei é que põe no lugar dêle o terceiro interessado, segundo as regras jurídicas da sub-rogação pessoal. Não há nenhum elemento negocial no ato de adimplir, nem no ato de receber. Tão-pouco, se há terceiro legitimado a receber, se pode cogitar de negócio jurídico por parte dêle. O terceiro autorizado a receber não dispõe do crédito, apenas exerce a faculdade de receber, que se lhe atribuiu.

Dois fatos principais são relevantes para a solução do problema: o absolutamente incapaz que, ao tempo da capacidade se obrigou a certo serviço, executando-o durante a incapacidade, adimple, com toda a eficácia; quem deve *x* a B e deve *x* a C e remete o cheque a C, crendo ter remetido a B, a quem queria pagar, ou, pelo credor, o empregado remeteu erradamente, adimpliu a C, e não a B, e tal adimplemento não pode ser atacado em sua eficácia.

3. PROBLEMA DO ADIMPLEMENTO AO INCAPAZ. – Em *princípio*, o adimplemento pode ser ao incapaz de dar quitação. No art. 936 estatui o Código Civil: “Não vale, porém, o pagamento cientemente feito ao credor

incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dêle efetivamente reverteu”.

PAULO, na L. 15, D., *de solutionibus et liberationibus*, 46, 3, disse que o pupilo não pode pagar sem autoridade do tutor, nem delegar, porque não pode alienar; (nem dar quitação), mas, se o devedor lhe houver pago, e o dinheiro estiver completo, o devedor repelirá com a exceção *doli mali* o pupilo, que lho peça (si tamen solverit ei debitor, et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit). O adimplemento não se dava, razão por que, àquele tempo, se precisava da exceção.

No Código Civil francês, art. 1.241, deu-se outra solução, *já no plano da validade*; “Le paiement 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 Civil argentino, art. 734, insistiu-se: “El pago no puede hacerse à persona impedida de administrar sus bienes. Solo será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad”. Assim, outros códigos.

No direito civil alemão, se a prestação chegou ao representante do incapaz, ou se êsse se enriqueceu com a prestação, dá-se, romanissimamente, contra o seu crédito, a *exceptio doli*. Portanto, subsiste o direito de crédito (= não há adimplemento); apenas a sua eficácia pode ser encoberta pela exceção.

A diferença entre a solução técnica romano-alemã e a solução técnica francesa é enorme. Ali, não houve cumprimento; aqui, há. Resta apenas saber-se se, no estado atual da ciência do direito, aquêle “n’est point valable”, ou “solo será válido”, ou “não vale”, dos textos francês, argentino e brasileiro, se há de entender como conceito do plano da validade, ou, por impropriedade de expressão, como conceito do plano da eficácia. Admitir que é conceito do plano da validade é o mesmo que adotar a teoria a), ou a teoria b), ou, pelo menos, a teoria c) sôbre a natureza jurídica do adimplemento. Assim, a construção do art. 936 há de ser a de não-eficácia do adimplemento *se* ao representante não chegou o que se adimpliu (*se* a êle chegou, adimplemento houve, e é eficaz); *salvo* se reverteu em proveito do incapaz. Não se precisa recorrer à figura da *exceptio doli*: noutras espécies, em que há adimplemento sem qualquer ato do credor, dá-se êle, sem se precisar de tal figura (*e. g.*, nas dívidas de omissão). Adimplemento, ato do devedor, ou do terceiro, houve; não teve, porém, eficácia. Pode vir a tê-la – onde não reverteu em proveito do incapaz – se êsse, tornado capaz, ou, ainda durante o tempo da incapacidade, o representante dêle, lha confere,

por ato seu. É preciso atender-se a que a *transmissão* é abstrata, e a que não é preciso, no adimplemento, haver vontade de aceitação (seria contraditório dizer-se que o incapaz, não tendo poder de disposição, não pode perder o crédito, frase que escapou a H. SIBER, em G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.ª ed., 475). O argumento de que, em caso de pluralidade de créditos da mesma natureza, ao devedor cabe declarar a qual considera destinado o adimplemento (art. 991), o que mostraria o elemento negocial do adimplemento, é inadmissível: apenas há *plus*, pela circunstância ocasional da pluralidade de créditos da mesma natureza contra o mesmo credor.

Se a solução, a execução, o adimplemento, o pagamento, é ato-fato jurídico, qual a ação para se assentar, sentencialmente, que não se *deu*? Fala-se de ação de nulidade, ou anulabilidade do pagamento; fala-se de impugnação; fala-se de invalidação. Vê-se bem que se supõe, sob tais expressões, que o adimplemento seja, necessariamente, negócio jurídico, o que é falso.

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 da existência); adimplemento produz efeitos, ou não os produz (plano da eficácia). Pode ser nulo, ou anulável, o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*, “com que” se adimple, não o adimplemento, que é ato-fato jurídico: ou houve, ou não houve; ou surte efeitos, ou não surte.

Se o devedor prestou, sem ser conforme a sua dívida, por erro, pode repetir a prestação, oferecendo a prestação devida. Se o credor recebeu prestação não conforme a seu crédito, deve restituir, reclamando o que lhe é devido, ainda se o devedor não pode repetir o que pagou (não houve erro, art. 965; ou está prescrita a ação de pagamento indevido). Pagamento repete-se, restitui-se; não se decreta nulidade de adimplemento, nem se anula adimplemento.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 2.903. A – Legislação

Porque o pagamento é ato unilateral e um modo normal de por fim a obrigação, a prova de que o incapaz auferiu vantagens com o pagamento é suficiente

para considera-lo válido e liberar o devedor, conforme art. 181 do CC/2002; pagamento feito a credor incapaz de quitar, cf. art. 310 do CC/2002; pagamento voluntário do indevido, cf. art. 877 do CC/2002.

§ 2.903. B – Doutrina

O art. 310 do CC/2002 confirma o que já está prescrito no art. 308 do mesmo Código, que prevê a correção do pagamento que reverteu em favor do credor, ainda que não tenha sido, ele próprio, a dar quitação. O legislador mede a validade do pagamento e a liberação do devedor a partir de dois critérios: (a) de a quitação ter sido dada pelo próprio credor, que é quem tem poder para tanto; (b) que não tendo sido feito o pagamento ao credor pessoalmente, tenha a prestação revertido em seu favor (art. 308 do CC/2002). Na hipótese deste artigo a situação é algo diversa. É o próprio credor quem dá quitação, mas sem o atributo de capacidade para dá-la. “Porque o pagamento extingue direitos, deve o recipiente ser hábil para administrar e alienar” (COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de direito civil portuguez*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1907. p. 99). A lei, por isso, considera inválido o pagamento feito a credor incapaz, se o devedor sabia dessa situação pessoal do credor, ressalvando, entretanto, mais uma vez, ainda assim, a validade do pagamento feito a credor incapaz, desde que a prestação lhe tenha sido útil.

§ 2.904. SE EXISTE DIREITO À LIBERAÇÃO

1. PODER DE ADIMPLIR E DIREITO DE ADIMPLIR. – ¿Existe direito à liberação, ou o poder liberar-se só está no mundo fáctico? A doutrina italiana alude àquele direito (VITTORIO POLACCO, *Le Obbligazioni*, 550; L. BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento*, 160; *Obbligazioni*, 374). Alguns juristas (e. g., A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, I, 196, G. ANDREOLI, *Contributo alla Teoria dell’Adempimento*, 87-90) chegaram a falar de direito formativo ao adimplemento. Sem razão. 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. Ainda quando se trata de consignação, não há direito a consignar antes de se comporem os pressupostos para que caiba a consignação: recusa da prestação pelo credor (art. 973, I); se o credor não vai, nem manda receber, no lugar, tempo e circunstâncias devidas (art. 973, II); nas espécies do art. 973, III-VI. Há sempre fato de que nasce o *direito a consignar*, sendo que sòmente na espécie do art. 973, I, é preciso ter havido *ato do*