

CAPÍTULO IV

ESPAÇO-TEMPO E ADIMPLEMENTO

§ 2.911. Tempo e lugar

1. QUANDO E ONDE SE HÁ DE ADIMPLIR. — (a) O tempo tem importância para o direito como para todo o mundo fático. Nêle acontece o fato jurídico (= entra no mundo jurídico); nêle nascem as relações jurídicas; nêle é que se opera a irradiação de efeitos, portanto nêle nascem os créditos e dívidas, as pretensões e obrigações, as ações, as exceções; nêle duram as relações, os direitos e os deveres, inclusive créditos e dívidas, as pretensões e as obrigações, as ações e as exceções, e nêle acabam, ou sofrem encobrimentos. As relações jurídicas ou são duráveis ou são instantâneas. Instantâneas, como a transmissão da propriedade; duráveis, como a locação.

O tempo em que se deve prestar pode não ser o em que nasce a obrigação; e aí temos o problema de se saber quando deve ser feita a prestação. Em todo caso, como há a pretensão e a obrigação, o poder *exigir* e o poder *prestar* ou adimplir, nem sempre exigibilidade e adimplibilidade coincidem. Antes da exigibilidade, o credor tem por si a ação de declaração, porque essa concerne à relação jurídica, e a relação jurídica já existe, com ou sem o crédito ou os créditos (efeitos), embora sem a pretensão; só excepcionalmente, os sistemas jurídicos admitem ações (condenatórias) de prestações futuras, conforme vimos. Antes da adimplibilidade, não há mora do credor; antes da exigibilidade, não há mora do devedor, nem começa de correr prazo de prescrição. Se a dívida é executável desde já, pode o devedor executá-la, porque, ainda que não haja nascido a obrigação, já existe a dívida.

Se o negócio jurídico não diz qual a data para o adimplemento, mas a prestação ainda não foi feita, a contraprestação só é de exigir-se imediatamente àquela, se aquela depende de oblação com exame pelo recebedor (cf. 3.^a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de fevereiro de 1940, *R. dos T.*, 126, 536), ou simultaneamente, se não depende.

O credor não pode exigir antes de nascer a pretensão e, pois, a obrigação do devedor, porque só tem o crédito ainda não exigível. Se a exigibilidade existe, existem pretensão e obrigação; se existe exigibilidade, e não existe adimplibilidade — portanto, o credor já pode exigir e o devedor não pode, sem essa exigência, executar — há a pretensão e, suspensa, a obrigação; o sistema jurídico pode admitir que exista a obrigação sem a faculdade de adimplemento, tal como acontece com a pretensão à restituição do depósito (art. 1.268), ou se resulta dos dizeres do negócio jurídico. Em todo o caso, em se tratando de depósito (art. 1.268), a construção pode ser diferente: o nascimento da pretensão é dependente da vontade do credor; nascem com ela a pretensão e a obrigação, o que é diferente da construção com a existência de pretensão à restituição antes da denúncia de efeito imediato.

Seja como fôr, se há pretensão, há obrigação; se a pretensão já pode ser exercida e a obrigação ainda não o pode ser, tudo se passa no plano da eficácia da pretensão e da obrigação. Donde a diferença entre a exigibilidade e a adimplibilidade. Essa é dependente de ter sido exigida a prestação. Obrigação já existe, mas falta-lhe exercitabilidade.

(b) *Dispositivamente*, ou o pagamento se faz no domicílio do devedor, ou no lugar em que se acha o imóvel. As duas regras jurídicas dos arts. 950 e 951 do Código Civil são ambas *dispositivas*, pois também se pode fazer a escritura da compra e venda do prédio, ou da constituição do usufruto, do uso, ou da habitação, fora do lugar da situação do imóvel. É prestação no lugar da situação do imóvel o transferir-se a posse *longa manu* ou pelo constituto possessório. Lê-se no 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”. E no art. 951: “Se o pagamento consistir na tradição de imóvel,

ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde esse se acha”.

As expressões do Código Civil, art. 951 — “prestações relativas a imóvel” — só são atinentes a direitos reais limitados, ou a direito pessoal de uso do imóvel (*e. g.*, locação). O locador tem de entregar o prédio no lugar em que o prédio é situado. Donde ter o devedor de recebê-lo onde é a situação dêle.

Se houve pré-eliminação do *ius dispositivum*, como se foi dito que o devedor prestaria no seu domicílio ou no domicílio do credor, ou no banco *a* ou no banco *b*, ao credor é que incumbe a escolha. Esse direito de escolha é que faz possível o credor comunicar ao devedor que a prestação deve ser no seu domicílio, ou no banco *b*, respectivamente. Mas é de advertir-se que também o art. 950, parágrafo único, é direito dispositivo.

Os alugueres do imóvel prestam-se no lugar da situação do imóvel, e não no lugar do domicílio do devedor, que pode não ser no imóvel. Mas a regra jurídica é dispositiva.

Se o demandado não incorreu em mora e a dívida é de ir buscar, a citação não tem o efeito de constituí-lo em mora, porque isso seria mudar a dívida em sua modalidade (3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 21 de novembro de 1953, *Paraná J.*, 62, 399). As dívidas de alugueres de casa são, de regra, dívidas de ir buscar. Só o não são, se há cláusula do contrato de locação que as faça de ir levar (2.ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de julho de 1943, *R. dos T.*, 145, 252; sem razão, a 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 18 de novembro de 1942, *R. F.*, 94, 100).

Se há dívida de transferência de bem, há de ser feita no lugar em que é situado o imóvel a prestação da propriedade e da posse.

Se o devedor do preço é domiciliado fora e a dívida não era toma-lá-dá-cá, nem relativa a imóvel, o preço é de ser pago no domicílio do devedor (cf. 4.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de agosto de 1947, *R. dos T.*, 169, 701).

2. EXIGIBILIDADE DOS CRÉDITOS. — A exigibilidade resulta:
 a) Da *convenção* dos figurantes, ou da *manifestação de vontade*, do figurante, que fixou o dia (*térmo*) em que há de ser feita

a prestação (= em que poderá ser exigida) ou o prazo dentro do qual, isto é, antes do último dia (térmo), se deve fazer. Se há prazo, a exigibilidade somente começa à expiração d'ele, portanto após ela. Dentro do prazo havia de ser feita prestação, e não no foi. b) De *denúncia*, que é a manifestação de vontade um de cujos efeitos é a fixação do *térmo*. Pode ser denúncia pelo credor, ou denúncia pelo devedor. Seja como fôr, é sempre, aí, exercício de direito formativo modificador. Resulta de direito, que foi criado pelo negócio jurídico, ou pela lei (e. g., art. 1.264, III). Tem-se de verificar se há o direito, porque denúncia é exercício. A denúncia de eficácia imediata compreenderia a espécie da pretensão do depositante à restituição e permite explicar-se a obrigação do depositário como simultânea à pretensão nascida com a denúncia de eficácia imediata. A denúncia para fixação de prazo, que é o normal, é o exercício de direito a estabelecer o prazo de denúncia. Ou o fixa o contrato, ou emana da lei (e. g., art. 1.209). c) Da lei (e. g., arts. 1.126 e 1.130).

§ 2.912. Presente e futuro no adimplemento

1. EXIGIBILIDADE IMEDIATA. — O sistema jurídico brasileiro positivamente estabelece que o adimplemento se pode exigir *imediatamente*, se não há *lex specialis*, nem o figurante ou os figurantes determinaram que seria noutro momento o início da exigibilidade (Código Civil, art. 952). Aliás, seria a mesma a solução se não existisse o art. 952 do Código Civil, pois no art. 127 já se havia dito: "Os atos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo".

No art. 952 está escrito: "Salvo disposição especial d'este Código e não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigi-lo imediatamente".

Cumpra atender-se a que, se não se fixou *data*, a invocação do art. 952 de modo nenhum dispensa a interpelação. Por conseguinte, a mora não se inicia imediatamente, com a *exigibilidade*: depende de se ter exigido o adimplemento. Noutros termos: nas espécies a que se refere o art. 952 não incide o art. 960

No Código Comercial, art. 137, está escrito: "Tôda a obrigação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado nêste Código, será exequível dez dias depois da sua data". A exigibilidade, se a data do negócio jurídico (se bilateral, entenda-se da aceitação) foi a 1, só a 11 é de exigir-se ("dez dias depois"). A mora também só se constitui à data em que se exigir.

2. IMEDIATIDADE DA EXIGIBILIDADE. — Se, em direito romano, não se havia determinado o tempo da prestação, entendia-se ser exigível com o nascimento do direito (POMPÔNIO, L. 14, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17: "In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur"): em tôdas as obrigações (entenda-se "dívidas") em que se não pôs têrmo (*dies*), deve-se no dia presente. Mais tencicamente ter-se-ia de dizer: em tôdas as dívidas em que se não determinou dia, a pretensão nasce com a dívida.

Se não há data certa, a exigibilidade é imediata, mas a mora só se inicia com a interpelação. O devedor está adstrito a pagar quando se lhe exija, e não quando comece a exigibilidade. *Aliter*, se há data certa e liquidez da dívida.

3. DÍVIDAS CONDICIONAIS E DÍVIDAS A TÊRMO. — As dívidas a têrmo são exigíveis ao advento do têrmo. As dívidas condicionais quando se imple a condição, ciente do fato o devedor (Código Civil, art. 953: "As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, incumbida ao credor a prova de que dêste houve ciência o devedor"). Donde: ou o credor tem prova de que o devedor conhecia o implemento da condição, inclusive pela notoriedade do fato, e a exigibilidade começou dêsse momento; ou o credor não tem tal prova, e o devedor não alega ter ignorado, e a exigibilidade começa do momento em que o devedor se considerou com a ciência do implemento; ou o credor não tem tal prova, e o devedor diz ter ignorado, e a exigibilidade começa dêsse momento em que o devedor tem a comunicação do credor.

4. VENCIMENTO ANTECIPADO. — Já se tratou do vencimento antecipado, inclusive da ação de prestação futura, que não supõe vencido o crédito (Tomo XXIII, § 2.774). Sobre

a cobrança do crédito antes do vencimento, estabelece o art. 1.530 do Código Civil: "O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dôbro".

CAPÍTULO V

OBJETO DO ADIMPLEMENTO E PROVA

§ 2.913. Objeto do pagamento

1. OBJETO DA PRESTAÇÃO E ADIMPLEMENTO. — O cumprimento da obrigação, o adimplemento, a *solutio*, extingue a obrigação e a dívida. Mas, para que haja adimplemento, é preciso que se preste o que se deve. Se a dívida e a obrigação têm por objeto prestação contínua, duradoura, e não cessa nunca, o adimplemento não as extingue (*e. g.*, obrigação de não construir, ou de não cortar água). Se a prestação é duradoura, mas cessa, como a prestação da locação de coisas, a dívida extingue-se quando se exaure o tempo.

2. DIREITO À QUITAÇÃO. — Quem paga presta exatamente o que deve. Por isso, tem direito à quitação. A quitação ou recibo quitante é o principal meio de prova do adimplemento, não só do pagamento, em sentido estrito. É o reconhecimento, de ordinário escrito, ou não, de se haver recebido aquilo que se devia, ou que satisfaz a pretensão do credor. Aqui, tem-se de atender à diferença entre o direito comum e o Código Civil: no direito comum, o devedor pagava contra recibo; no direito luso-brasileiro, por influência do Preussisches Allgemeines Landrecht, Parte I, Título 16, § 86 (COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 148, 101; cp. CORREIA TELES, *Digesto português*, I, § 1.144, 144), quem paga tem direito a que se lhe dê quitação escrita. Tal direito é direito de crédito, com pretensão e ação. Cumpre, ainda, observar-se que MANUEL GONÇALVES DA SILVA (*Commentaria*, IV, 396) não disse o que lhe atribuiu COELHO DA ROCHA, que o leu com o pensamento no direito prussiano. A lição foi certa; a cita, errada. A ação para se haver a quitação não

é a do art. 1.006 do Código de Processo Civil. Se o réu não dá a quitação, não incide o art. 1.006, que só se refere a declarações de vontade; mas tudo se passa, se o réu não dá a declaração, a que foi condenado, como escrevia COELHO DA ROCHA (101): "Se o credor recusa passar quitação, o despacho do juiz, que a isso o condena, supõe essa falta".

§ 2.914. Prova do adimplemento

1. PAPEL DA QUITAÇÃO. — A quitação, hoje em dia, mas desde o influxo prussiano no direito luso-brasileiro, é reconhecimento de recebimento; não tem só força probante, não é só meio de prova. Na doutrina, ainda há: a) os que a reduzem a meio de prova, como B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, II, 9.^a ed., 526 e 832, nota 3) e O. WARNEYER (*Kommentar*, I, 644); b) os que a têm por ato dispositivo (O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 256, 3.^a ed., 225; W. DILLOO, *Die Quittung*, 80 s.; W. COLLATZ, *Zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkennniss und von der Quittung*, *Jherings Jahrbücher*, 40, 135 s.; W. LACMANN, *Über die rechtliche Bedeutung der Quittung*, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 31, 71 s.); c) os que a consideram contrato probatório (*Beweisvertrag*), como G. PLANCK (*Kommentar*, II, 3.^a ed., nota 5 e ao § 368; contra, na 4.^a ed., H. SIBER, 490); d) os que a reputam remissão de dívida, como se o pagamento não a houvesse extinto (certo, A. SCHÖNINGER, *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*, 322); e) os que a têm por negócio jurídico unilateral de reconhecimento.

Ora — em verdade, rigorosamente — a quitação não extingue, não nega o *animus obligandi*, nem é pacto de *non petendo*, nem somente prova o pagamento. O texto prussiano, em que se apoiou COELHO DA ROCHA, dizia ser a quitação "reconhecimento escrito do pagamento recebido" (cf. Código Civil austríaco, § 1.426: "ein schriftliches Zeugnis der erfüllten Verbindlichkeit"). É ato jurídico "stricto sensu" (Tomo II, § 159, *in fine*).

A quitação pode ser constitutiva, mas, aí, há *plus*, e a questão é de interpretação. A quitação geral pode ter diferentes eficácias, declaratória e constitutiva, conforme a sua relação com os fatos de solução a que se refere. O direito de

retenção que tem o devedor é antes de pagar; é retenção do pagamento. Se o credor não dá a quitação, a despeito do pagamento, nasce-lhe a ação à prestação da quitação. O depósito em consignação põe ao credor o dilema: ou não levanta, ou entrega em juízo a quitação. O direito à quitação é de formação costumeira, penetrou em códigos civis (bávaro, IV, 21, c. 1, § 5; prussiano, I, 16, § 86 s.; austríaco, § 1.426; saxônico, § 983; suíço das obrigações, art. 88, antes 102).

Se o credor tem de dar quitação plena, ou somente de parte, depende do que foi prestado e dos termos do negócio jurídico. É *quaestio facti*. Se há alguma lei que permita pagar-se parte em dinheiro e parte em títulos, devido a moratória, ou outro ato de intervenção estatal na economia, a satisfação dos pressupostos é que decide da existência ou inexistência do direito à quitação (e. g., 5.^a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de junho de 1939).

2. MEIOS DE PROVA DO PAGAMENTO. — O pagamento prova-se pelos *meios de prova*, não necessariamente pela quitação. Quem deve 5 *x* e pagou 1 *x*, mais 2 *x*, mais 3 *x*, com os recibos, tem recibos (meio de prova), não tem quitação. Tem direito a ela, pretensão a ela, ação para a haver, — o que é outra coisa que a ter. “O devedor, que paga”, diz o art. 939 do Código Civil, “tem direito à quitação regular (art. 940), e pode reter o pagamento, enquanto não lhe fôr dada”. Aí estão o direito à quitação, a pretensão a ela, e o direito de retenção do pagamento. Tal pretensão à quitação é pretensão a quitação *escrita*, porque quitações há orais (R. BEHREND, *Beiträge zur Lehre von der Quittung*, 35), impressas, rádio-difundidas, e o devedor, que paga, pode não se satisfazer com elas. Diz o art. 939: “O devedor, que paga, tem direito à quitação regular (art. 940), e pode reter o pagamento, enquanto lhe não fôr dada”. O art. 940 desce à análise do reconhecimento (ato jurídico declarativo) a que tem direito o devedor: “A quitação designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por êste pagou, o tempo e lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante”.

3. RECUSA DA QUITAÇÃO. — Na linha do direito anterior, expresso no que disse COELHO DA ROCHA, estatui o art. 941:

“Recusando o credor a quitação, ou não a dando na devida forma (art. 940), pode o devedor citá-lo para êsse fim, e ficará quitado pela sentença que condenar o credor”. MANUEL ÁLVARES PÊGAS (*Resolutiones Forenses*, VI, 225) e MANUEL GONÇALVES DA SILVA (*Commentaria*, IV, 396) sòmente se referiam às Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 19, § 2, regra jurídica que se limitava à obrigação de dar certa forma ao negócio jurídico; mas CORREIA TELES (*Digesto Português*, I, § 1.144, 144) e COELHO DA ROCHA (*Instituições*, 101) ligaram a ação à pretensão à quitação.

Enquanto o art. 939 tem por suporte fáctico relação jurídica, em que alguém deva a outrem prestação que, feita, extinga a dívida, e o fato do adimplemento, e por eficácia do ato jurídico, que resulta da incidência do art. 939, direito e pretensão à quitação, — o art. 941 cogita da ação, e foi extensão ao direito à quitação do que se dizia sòbre as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 19, § 2, em escritos de juristas portugueses do século XIX.

4. AÇÃO EXECUTIVA DO DIREITO À QUITAÇÃO REGULAR. — No art. 941, diz o Código Civil: “Recusando o credor a quitação, ou não a dando na devida forma (art. 940), pode o devedor citá-lo para êsse fim, e ficará quitado pela sentença que condenar o credor”.

O art. 941 provém da doutrina luso-brasileira. MANUEL GONÇALVES DA SILVA (*Commentaria*, IV, 396), inspirando-se em FRANCISCO DE CALDAS, escreveu: “Compellitur autem contrahens scripturam conficere, praecedente iudicis iussu, et comminatione etiam per capturam, et adhuc eo reluctante, scriptura pro confecta cum clausulis consuetis haberi potest”. MANUEL ÁLVARES PÊGAS (*Resolutiones Forenses*, VI, 225) incluiu tal ação — como devia — na classe das ações para se obter declaração de vontade ou documento. Quer dizer: pô-la na mesma classe das ações executivas de que trata, hoje, o Código de Processo Civil, art. 1.006. Ou a) o credor vem receber e dá a quitação, ou b) confessa que já recebeu, ou c), tendo sido alegado que já recebera a prestação, não o nega (Código de Processo Civil, art. 209), ou d) não vem receber nem dá a quitação. Na espécie a), a relação jurídica processual encerra-se, porque o juiz tem de julgar o feito, ou na audiên-

cia, ou depois, se tudo não se passou por ocasião do prazo dado ao credor segundo o art. 941 do Código Civil (cf. Código de Processo Civil, art. 998), no prazo que o juiz determinar. Nas espécies b) e c), ou o credor trouxe a quitação regular, ou não a trouxe: no primeiro caso, tem o juiz de considerar findo o processo, por estar satisfeito o autor (= esvaziada a demanda); no segundo, a sentença, que o condena, é executiva, conforme o art. 1.006 do Código de Processo Civil. Na espécie d), tem o autor de depositar aquilo de que fêz oblação, *ad instar* do que se estatui no art. 1.006, § 1.º, do Código de Processo Civil, tendo a sentença a eficácia de quitação, no dia em que transite em julgado a decisão sôbre a ação *incidental* de depósito em consignação para adimplemento. O processo do depósito é em apenso à ação executiva do direito à quitação.

CORREIA TELES (*Digesto português*, I, n. 1.114, 144) previa as espécies b) e c): "Se o credor citado para assinar quitação da dívida refusa assiná-la injustamente, o despacho do juiz que obriga a assinar, serve de quitação ao devedor". No mesmo sentido, COELHO DA ROCHA (*Instituições*, I, 101: "Se o credor recusa passar quitação, o despacho do juiz, que a isso o condena, supre essa falta", e LACERDA DE ALMEIDA (*Obrigações*, 364), que em MANUEL GONÇALVES DA SILVA, em COELHO DA ROCHA e em CORREIA TELES se apoiou.

TEIXEIRA DE FREITAS (*Esbôço*, art. 1.102) foi mais explícito, com a vantagem de prever os casos em que os requisitos da quitação vão além dos que o art. 940 refere: "Se o credor não quiser passar instrumento particular de quitação, ou não o quiser passar com as declarações necessárias, por duplicata, ou por mais vias; ou se não quiser assinar instrumento público, quando o devedor tiver direito de exigi-lo, poderá êste citá-lo para a oferta e consignação do pagamento". Entende-se oblação, com a recepção pelo credor; ou depósito em consignação para adimplemento. Só êle aludira à alternativa. Mas a alternativa não precisa ser expressa no mandado de citação. O depósito em consignação para adimplemento é, aí, ação *incidental* em relação à ação executiva de direito à quitação regular.

A liquidação, no caso de depósito em consignação para adimplemento, pode ser antes do depósito, em fase preparatória (*articulus accessorius, in praeambulo ante ingressum*

judicii), ou por ocasião da chamada do credor para receber (então, para liquidação e recebimento imediato). Se o credor discorda da liquidação, ou se concorda com ela mas se recusa a receber, procede-se ao depósito. O rito processual é o mesmo, pela regra jurídica *Omnis articulus incidens vel accessorius iudicii regulatur secundum suum principale* (BARTOLO DE SAXOFERRATO).

§ 2.915. Conceito e natureza do recibo e da quitação

1. RECIBO E QUITAÇÃO. — O recibo é declaração de haver recebido. Pode-se receber o que é de outrem e de outrem vai continuar de ser (recibo da coisa em depósito, recibo do chapéu no guarda-chapéus do teatro ou da casa). A quitação é o recibo do pagamento, ou daquilo com que se solveu, dado pelo credor ao credor devedor.

Quem está de posse de quitação da própria dívida presume-se liberado. Isto é, presume-se que lha entregou o credor.

A opinião, que era a única, a princípio, no direito comum, de ser a quitação somente meio de prova, teve em O. BÄHR (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 236 s.) quem primeiro mostrou o erro em que se estava. A evolução da pesquisa científica completou-se com o estudo de J. A. GRUCHOT (*Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld*, principalmente 13), sobre não ser contrato o pagamento. Ruía a convicção de F. VON SAVIGNY (*System*, III, 312 s.). Passou-se a discutir se é negócio jurídico de reconhecimento negativo (O. BÄHR, 236 s. e 357), ou se é negócio jurídico de amortização (W. DILLO (*Die Quittung im Recht und im Verkehr*, 23 s.), o que G. HARTMANN (*Die Obligation*, 30) considerava artifício desnecessário, ou se é contrato de prova, segundo C. G. BRUNS (*Das constitutum debiti*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, I, 28 s.), ou se é ato jurídico *stricto sensu*, por se não tratar de manifestação de vontade. Sustentou A. EXNER (*Die Quittung*, *Grünhuts Zeitschrift*, 22) a tripla natureza da quitação: não se trataria de ato jurídico típico; há o simples recibo, que não se refere à extinção da dívida, ainda que não diga "por conta"; há a quitação-remissão, abstrata, que se não confunde com o negócio jurídico bilateral de remissão; e a verdadeira quitação, declaração apenas de declaração. Para R. SCHLESINGER

von den Formalcontracten, 57) e W. MÖLLER-HOLTKAMP (*Die Quittung*, 61 s.), há meio de prova, que, com a tradição, funciona como documento de disposição. A concepção da quitação como *pactum de non petendo* para o caso do credor não provar que a dívida perdura (H. ZAESCHMAR, *Zur Lehre von der Quittung*, 53 s.) salta por sobre o problema da natureza da quitação.

Contra a teoria de C. G. BRUNS aduziu-se que pactar sobre prova é pactar sobre matéria de direito processual, o que se não admite (A. WACH, *Das Geständnis*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 64, 218 e 220): não se pode dizer qual o pêso que o juiz há de atribuir à prova (O. BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, 183 s.). Aliás, já F. VON SAVIGNY (*System*, VII, 32 e 35) e O. BÄHR (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 185 s.) o haviam argüido.

A confissão extrajudicial é declaração, em que alguém diz ter recebido, em mútuo, alguma quantia, ou assumido outra obrigação, ou ter alguma dívida (*e. g.*, confissão de dever indenização pelo desastre de automóvel). A quitação também contém reconhecimento; por ela, reconhece-se que o devedor solveu com o que devia, o que não se confunde com a declaração negativa da dívida. A quitação pode ser abstrata; pode-se contudo explicitar a causa da quitação.

Se a manifestação de vontade pode ser ato jurídico *stricto sensu*, ou negócio jurídico, a manifestação ou comunicação de conhecimento nunca é negócio jurídico: pode estar em manifestação de vontade, o que é outra coisa.

A quitação é declaração unilateral de conhecimento (enunciado de fato), que entra no mundo jurídico como ato jurídico *stricto sensu*, abstrato, se a causa não se explicita na declaração.

O direito do devedor, que solve, a que se lhe dê quitação já estava no Preussisches Allgemeines Landrecht, I, 16, § 86, no Código Civil austríaco, § 1.426, e no Código Civil saxônico, § 961.

O devedor tem de cumprir a prestação. Não é acertado dizer-se (e é o que se encontra em muitos tratados) que o devedor só é obrigado a adimplir contra outorga de quitação. O que em verdade se passa é que o devedor, que tem de solver a dívida, tem direito à quitação e dêsse direito lhe nasce o direito de

retenção da prestação. Pode dar-se que os usos do tráfico pré-excluem tal exigibilidade, ou por ser de importe mínimo a prestação, ou porque se trate de negócio jurídico à vista, ou de prestação de serviço imediatamente anterior ou imediatamente posterior ao pagamento. Tal o que se passa com o comércio a retalho, ordinariamente, e com os bondes, ônibus e lotações.

A quitação apenas exprime que o fato da prestação se deu. Não há, nela, expressão de vontade. Não seria possível considerá-la negócio jurídico.

2. NATUREZA DA QUITAÇÃO (ATO JURÍDICO "STRICTO SENSU"). — Quitação não é negócio jurídico bilateral: só há, unilateralmente, declaração. Nem é negócio jurídico: não há declaração de vontade. Apenas se reconhece o adimplemento. (Reconhece-se no mesmo sentido do art. 172, V, relativo à interrupção da prescrição "por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor".) Se se lhe inseriu contrato de reconhecimento (negócio jurídico declarativo ou constitutivo), ou remissão de dívida, ou outra figura jurídica, é outra questão. Para que a quitação fôsse simples meio de prova, seria preciso que se houvesse parado na evolução jurídica, técnica, antes da regra jurídica costumeira do direito à quitação.

O contrato ou seria de reconhecimento negativo ou seria contrato declarativo negativo da existência da dívida; e foi assim que O. BÄHR (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 58 s.) a concebeu. Em vez disso, O. BÜLOW (*Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Quittung, Jherings Jahrbücher*, 59 11 s.) pôs claro a unilateralidade da quitação, a que emprestou natureza negocial. A quitação é ato jurídico *stricto sensu*.

A quitação é declaração de conhecimento pelo credor, ou por alguém que tenha poder para receber, inclusive o *solutionis causa adiectus*. Tem de ser verdadeira a declaração. Pode dar-se que tenha sido falsificada, como se o devedor, indo ao escritório do credor, onde êle preparara quitações assinadas e não cheias (quitações em branco), se apoderou de uma ou de algumas e encheu o espaço em branco (J. T. GOLDBERGER, *Der Schutz gutgläubiger Dritter*, 82 s.). Mas a quitação assinada, que foi cheia por servidor da posse do credor, ou por alguém que a furtou, é apresentada ao devedor, que efetua o pagamento.

O terceiro em favor de quem se estipulou (Código Civil, art. 1.098, parágrafo único), pode receber e passar quitação.

A afirmação de O. BÜLOW (59, 11 s.) quanto a ser simples motivo da quitação a exigência dela pelo devedor, tal como o é, para o adimplemento, a interpelação, é verdadeira. Por isso mesmo pode o credor quitar sem que lho exijam, ou peçam.

3. EXERCÍCIO IRREGULAR DO DIREITO À QUITAÇÃO. — O direito à quitação é suscetível de exercício irregular (abuso do direito), conforme o art. 160, I (J. KOHLER, *Lehrbuch*, II, 26; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 150). O que compra seis ovos, ou caixa de fósforos, ou maço de cigarros, e pede recibo, abusa do direito à quitação. Ou se há de entender que o negócio jurídico o pré-exclui, por sua natureza.

4. RENÚNCIA À PRETENSÃO. — Pode-se renunciar, expressa ou tácitamente, ao direito à quitação. Pode-se, proposta a ação, só se desistir da “ação” proposta.

O fato de se aceitar recibo que não contém quitação (e. g., “recebi x”), se não se sabe de quanto é a dívida, ou se pode haver dúvida sobre a extinção da dívida, não se há de interpretar como renúncia tácita.

5. LEGITIMAÇÃO ATIVA. — Pode exigir quitação o devedor, ou o terceiro, que paga; e não só ao credor: a quem quer a que se pague.

Se duas pessoas pagam partes da dívida e a soma extingue a dívida, a quitação é devida à última que pagou, mas há de haver referência a quem pagou a primeira ou primeiras partes.

Têm direito à quitação os devedores por dívidas oriundas de negócios jurídicos, de atos jurídicos *stricto sensu*, de atos-fatos jurídicos e de fatos jurídicos, ainda ilícitos; outrossim, os devedores por fôrça de lei, ou por dívidas de direito público.

O credor, por ter alguma ação contra o devedor, não pode reter a quitação (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 488).

Tem direito à quitação parcial quem paga parte da dívida, com extinção dela. O ônus de provar a inexatidão da quitação é do devedor.

§ 2.916. Forma da quitação

1. FORMA ESCRITA. — A quitação é ato escrito. A quitação do art. 940, que o devedor pode exigir — por direito a isso — e tem ação para a obter (art. 941), há de ser escrita, salvo uso e costume diferente ou certas circunstâncias que o dispensem. Mais ainda: pode ter de ser por escritura pública, ou outra forma especial, se de tal se há mister para registro ou outro efeito. Fora daí, se o devedor não exerce o seu direito a tais particularidades, a quitação pode ser com qualquer forma escrita. O pagamento pode ser provado por qualquer meio de prova. O art. 1.093, 2.^a parte, é explícito, pôsto que use de expressão imprópria: “Mas”, falava, antes, do distrato, que há de ter a mesma forma do contrato, “a quitação vale, qualquer que seja a sua forma”. Quitação está, aí, por pagamento. Esse é ato-fato jurídico. Prova-se conforme a forma que teve. Forma de instrumento público, forma de instrumento particular, forma oral...

Lê-se no Código Comercial, art. 434: “O credor, quando o devedor se não satisfaz com a simples entrega do título, é obrigado a dar-lhe quitação ou recibo, por duas ou três vias se êle requerer mais de uma. A quitação ou recibo concedido em termos gerais sem reserva ou limitação e quando contém a cláusula de — *ajuste afinal de contas, resto de maior quantia* — ou outra equivalente, presume-se que compreende todo e qualquer débito, que provenha da causa anterior à data da mesma quitação ou recibo”. No art. 435: “Passando-se quitação geral a uma administração, não há lugar a reclamação alguma contra esta; salvo provando-se erro na conta, dolo ou fraude”.

A prova do pagamento pode consistir na devolução do título. Quem solve para receber o título, toma-lá-dá-cá, tem direito à devolução desse título. A prova é, aí, sem escrito; sòmente por ato de transferência da posse. “Nos débitos, cuja quitação consista na devolução do título, perdido êste, poderá o devedor exigir, retendo o pagamento, declaração do credor, que inutilize o título sumido”, diz o Código Civil, no art. 942. Trata-se de declaração de conhecimento, de que falamos nos Tomos II, § 237, 2, e XV, § 1.742, 6 (cf. P. KLEIN, *Zurücknahme*

von "Vorstellungsmittelungen", *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34, 327).

Uma das conseqüências de ser por entrega do título a prova do adimplemento é tornar-se dívida de ir levar a dívida que seria de ir buscar, mas pode ser estabelecido que se manterá com a modalidade que era sua, ou que seria a sua. No caso de cessão do crédito, tem-se de transferir ao cessionário a posse, a que êle tem direito. Se o título está em mãos de terceiro, tem o devedor pretensão a reavê-lo (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 493; L. KUHLENBECK, *J. v. Staudingers Kommentar*, II, 392; J. W. HEDEMANN, *Das Recht auf Rückgabe eines Schuldscheins*, *Jherings Jahrbücher*, 38, 70).

O art. 942 fala de perda (*verbis* "perdido êste"), mas havemos de entender no mais largo sentido o fato da perda. Aí, o furto, o roubo, a apropriação indébita, o não saber onde se acha nos arquivos da empresa ou do escritório o documento, o não se poder imediatamente abrir o cofre em que o documento se acha, o estar sem acesso ou sem acesso fácil, no momento, o lugar em que se acha guardado o documento.

O devedor tem o ônus de alegar e provar que o credor ficou com o documento para devolução no momento do adimplemento. O credor tem o ônus de alegar e provar que há a impossibilidade de devolução. Se, durante a ação do devedor, o credor apresenta o título, esvazia-se a pretensão à devolução, pela consecução do fim do processo.

No art. 942 do Código Civil também se há de notar a impropriedade do termo "inutilize". A declaração de conhecimento, que é a declaração de que se trata na 2.^a parte do art. 942, torna sem eficácia o título devolvível. Todavia, se o título é circulável por endosso ou ao portador não bastaria tal declaração. Daí o procedimento especial para *amortização* (Tomos XV, § 1.829, 3, e XX, § 2.499).

O art. 942 corresponde ao art. 90 do Código suíço das Obrigações e ao § 371 do Código Civil alemão.

Os recibos de depósito que não são endossáveis ou ao portador não são títulos a que se possa referir o art. 942, salvo se se declara no recibo e no negócio jurídico de depósito, se há dois instrumentos, que a entrega se fará com a restituição.

Assim, o art. 1.093, 2.^a parte, há de ser lido como se lá estivesse escrito: "A quitação há de ser escrita, mas o pagamento é eficaz, qualquer que seja a forma". Não há quitação oral. Há pagamento a que se não exige quitação, que é ato escrito. A quitação oral é *irregular*. Dá ao devedor a pretensão a havê-la *regular* (térmo de que usa o art. 940). As chamadas quitações tácitas são quitações *falhas*, porque são *irregulares*.

2. DIREITO ANTERIOR. — As Ordenações Filipinas, Livro III, Título 59, § 3, exigiam que a quitação tivesse a mesma forma que o negócio jurídico, de que provinha a dívida. Mas já se havia propagado o costume de se dar a quitação nas costas da escritura pública, que era, então, entregue ao devedor quitado. MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (*Notas de uso prático*, I, 292) achavam êsse "antiquíssimo costume do reino" "o modo mais freqüente" de quitar dívidas assumidas por escritura pública. Ia além: entendia tratar-se de "interpretação *usual* da lei", "interpretação que nada tem de irracionável". Chegava mesmo a crer que a ordenação supunha "o diverso caso de querer o devedor provar o distrato (e a quitação) sem tradição da escritura original". A lei lá estava; o costume feria-a, e não atendia à natureza da instrumentação pública. Seja como fôr, o costume desapareceu, nem teria, hoje, razão de ser; porque se podem provar pagamento e quitações de dívidas assumidas por escritura pública, sem que se tenha de preconstituir prova por escritura pública. *Aliter*, o distrato.

3. PRINCÍPIO DA SIMETRIA E DIREITO VIGENTE. — A despeito do art. 1.093, 2.^a parte, que declara aformal o pagamento, CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil comentado*, IV, 260) entendia que a quitação haveria de ser dada na forma estabelecida no art. 940, de modo que apenas se havia pré-excluído, quanto à quitação, o princípio de simetria. Nenhuma razão lhe assistia para isso: primeiro, quando se disse *qualquer* forma, não se quis exigir, pelo menos, a forma escrita, com designação do valor, nome do devedor, ou quem por êle pagou, o tempo e lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante; segundo, o art. 940 só se refere à prestação de quitação, quando o devedor exerce a pretensão à quitação (que nos

veio do direito austríaco); terceiro, a quitação não se confunde com o pagamento, cuja forma pode ser oral, ou fáctica (manual, ou por jacto), portanto sem os requisitos do art. 940, pôsto que nem sempre o pagamento sem forma escrita pré-exclua o direito à quitação conforme o art. 940. Não se confunda prova do pagamento com forma da quitação. A quitação é *posterius* em relação ao pagamento; é ato jurídico *stricto sensu*.

Conseqüências do que acima dissemos:

a) As quititações podem ser sem nome do credor, como as que se dão aos compradores, que pagaram no balcão, para receber na seção de embalagem o que foi vendido.

b) Pode-se quitar por escritos em televisão, ou discos, ou números luminosos.

c) Nada obsta a que a quitação omita o nome do solvente.

d) A quitação pode não conter o nome do devedor ou de quem por êsse pagou. Nem o lugar e tempo do pagamento.

O art. 940 do Código Civil apenas se refere à quitação, que se exige ao credor. Porque aí se há de dirimir questão, ou desfazer dúvida.

O devedor, que pagou, e não quer propor a ação para obter a quitação, tem a seu líbito a ação declaratória negativa, pela qual pede a declaração da inexistência da dívida, por estar extinta pelo pagamento.

4. TEXTO LEGAL SÔBRE FORMA. — A forma da quitação é a do art. 940; porém daí não se tire que se trate de ato jurídico formal. O art. 940 só atinge o que mais acontece. Em certas circunstâncias, basta o cartão picotado, ou carimbado, ou impresso e numerado. Por outro lado, se há interêsse especial, *e. g.*, para se cancelar hipoteca, a pretensão é à quitação em escritura pública. A quitação no próprio documento da dívida pode bastar. Se a inexatidão da quitação causa dano, responde o credor; a inexatidão não é causa de nulidade, mas de responsabilidade. O recibo da remessa postal da prestação não exclui o dever de dar quitação (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 267). Mas é quitação, se o credor declara ao devedor que tem o recibo postal como quitação (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 488). Se a quitação estava com o devedor antes do pagamento, o credor, que alega não se ter pago a dívida, tem de alegar e provar que o pagamento não

se fôr ao tempo da entrega, nem depois (FR. LEONHARD, *Die Neuverlebst.*, 387).

A quitação, como o distrato, tinha, no direito anterior, de ser com a mesma forma que a do negócio jurídico a que se referia (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 59, § 3). Todavia, o pagamento, segundo o Código Civil, art. 1.093, 2.^a parte, vale (e é eficaz), "qualquer que seja a sua forma". Isso não significa que o credor possa satisfazer a pretensão do devedor à quitação regular, com o simples escrito, se é de mister forma especial. Havia a prática de lançar-se no verso das escrituras públicas a quitação, do punho do credor; porém, isso que pode bastar à prova não satisfaz a pretensão à quitação, fundada nos arts. 939-941. Com o art. 1.093, 2.^a parte, o costume deixou de raspar a regra jurídica das Ordenações Filipinas (Livro III, Título 59, § 3). O art. 1.093, 2.^a parte, veio, em parte, ao alcance do costume.

§ 2.917. Presunção de adimplemento

1. REGRAS LEGAIS. — Diz o art. 945: "A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento". No § 1.^o adverte-se: "Ficará, porém, sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, dentro de sessenta dias, o não pagamento". § 2.^o: "Não se permite esta prova, quando se der a quitação por escritura pública". O que faz perfeita a quitação, ato jurídico *stricto sensu*, é a tradição (= entrega, art. 945) do documento. Se a quitação é entregue pelo credor antes do pagamento, com a esperança de que o devedor satisfaça a dívida, não há reconhecimento do fato, nem confissão extrajudicial, porque o ato, a que a quitação se refere, não se realizou.

A vida mostrou que, entregando o credor ao devedor o recibo simples, ainda "por conta", ou a quitação, ou o título da dívida, — ou o fêz porque em verdade recebeu o pagamento, ou por outro modo, como a dação em soluto, se solveu a dívida, ou o vai obter em pouco tempo. Ninguém entrega recibo, nem a quitação, nem o título da dívida, para que a prestação só se faça muito mais tarde. O recibo ou a quitação não prova: de si só, nem a) a entrega, nem b) o ato-fato jurídico do pagamento, nem, a *fortiori*, qualquer negócio jurídico de solução. Quanto à entrega, presume-se que houve, se a quitação, o recibo

ou o título da dívida, está em mãos do devedor; porém não é a esse fato que se refere o Código Civil, art. 945 e § 1.º. Para incidirem essas regras jurídicas, é preciso que se não discuta, ou que se haja, preliminarmente, julgado que houve a entrega do documento da dívida (título). O art. 945 e o § 1.º apanham a quitação simples recíbo por instrumento particular e o sem quitação. A certeza sobre a entrega do título é elemento necessário dos suportes fácticos do art. 945 e § 1.º

A probabilidade de que tenha havido tradição se o documento se acha com o devedor, que o exhibe, é grande, mas pode ser elidida pela prova contrária. Tal presunção é *hominis*; não é *iuris tantum*. Presunção *iuris tantum* cria o art. 945 com a regra jurídica para o caso de ter havido entrega do título. De modo que: a) se o credor alega e prova que não entregou o título (*e. g.*, lhe foi roubado ou furtado), o art. 945, § 1.º, não incide: a qualquer tempo pode ser feita tal alegação e produzida a prova; b) se a quitação foi por escritura pública o art. 945, § 1.º, não incide, por força do art. 945, § 2.º.

¿A entrega do documento, nas espécies do art. 945, é quitação, ou prova de adimplemento sem ser quitação? Não se trata de quitação tácita; mas de prova do adimplemento, por ato do credor que entrega o documento. Tal o que se deve precisar, a despeito dos dizeres do Código Civil, arts. 942, *verbis* "cuja quitação consista na devolução do título", e 945, § 1.º, *verbis* "a quitação assim operada".

A entrega do título é meio de prova do pagamento, com efeitos quitatórios, se passam, após ela, os sessenta dias do art. 945, § 1.º, sem que, no intervalo, haja o credor alegado, com apresentação de prova, em juízo, o não-pagamento. O art. 945, § 1.º, fala de "provar" o credor, mas havemos de entender que só se exige a exibição do documento escrito, que prove o não-pagamento, ou a alegação seguida do despacho que permita a produção da prova. Se houve quitação, ou foi por instrumento particular ou foi por instrumento público (pode não ter sido por escritura pública e o art. 945, § 2.º, em verdade emprega em senso lato o termo): se por instrumento particular, corre o prazo preclusivo do art. 945, § 1.º; se por instrumento público (*e. g.*, por termo nos autos, ou por escritura perante tabelião), não se admite a prova do não-

-pagamento. (Convém advertir-se em que, no art. 945, as expressões "quitação assim operada", referindo-se à entrega do título, é impropriedade de linguagem. Quem entrega o título de dívida, não quita; presume-se apenas que foi pago, porque quitação é ato jurídico escrito: não há quitação tácita. Há presunção de pagamento, que, com a expiração do prazo preclusivo, se torna prova inelidível, de que emanam efeitos quitatórios. A entrega da quitação escrita pode ser excluída a eficácia quitatória pela prova do não-pagamento, se observado o § 1.º do art. 945; à entrega do título, idem. Bem assim a eficácia de prova do pagamento à entrega do simples recibo.)

O art. 945, § 2.º, cai no vácuo: se houve entrega do documento, com quitação nas costas, ou com documento à parte de quitação, o ataque pode ser feito quanto à pretensão à entrega e quanto a êsse (*e. g.*, há ressalva em terceiro documento); se houve a entrega do documento *mais* escritura pública de quitação, nada mais se pode alegar contra a presença do documento em mãos do solvente.

Algumas precisões:

- a) Se era de mister quitação, em vez de devolução do título, o art. 945 e § 1.º não incidem: tais regras jurídicas supõem as espécies de que fala o art. 942 (*verbis* "débitos cuja quitação consista na devolução do título"). Portanto, se não era o caso de título devolvível, como meio de prova suficiente, não há pensar-se em invocação do art. 945 e, pois, do art. 945, § 1.º.
- b) Se houve quitação, *embora supérflua*, por instrumento público (art. 945, § 2.º), não há pensar-se em ataque à presunção conforme o art. 945, § 1.º, nem corre o prazo preclusivo do art. 945. Todavia pode ser *desconstituída* a escritura pública, conforme os princípios. O pedido deve ser feito dentro dos sessenta dias, cumulativamente: desconstituição da escritura pública e produção da prova contrária à presunção, conforme o art. 945, § 1.º.
- c) Se houve quitação, *embora supérflua*, por instrumento particular, êsse não é óbice a que se exerça a pretensão do art. 945, § 1.º. Tem de ser proposta a ação dentro dos sessenta dias.

2. ÔNUS DE ALEGAÇÃO E PROVA. — Quem nega ter havido solução, a despeito da entrega do título da dívida, ou dessa entrega e da quitação por instrumento particular, ou do simples recibo, tem de alegar e provar, dentro do prazo do art. 945, § 1.º, que não recebeu o que solveria a dívida, *nem antes nem depois da entrega*. O demandado pode objetar que houve remissão de dívida (arts. 1.053-1.055), ou reconhecimento negativo da dívida. Passados os sessenta dias, nenhuma pretensão à tutela jurídica tem mais o que entregou o título, ainda com o *plus* da quitação por interesse particular ou o recibo.

O § 1.º do art. 945 foi generalização à entrega do título, com ou sem a quitação ou o recibo, que estava à base da exceção em se tratando de mútuo *non numeratae pecuniae* (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 51, pr. e § 3). Mas já assim se entendia no direito anterior: o pagamento, ato-fato jurídico, prova-se por todos os meios de prova, principalmente pelos recibos ou pelas quitações; se o título está em poder do devedor, por entrega, ou se o está com o recibo ou a quitação, presume-se ter sido paga a dívida; se não passaram sessenta dias, pode-se dar prova contrária.

A defesa oriunda do art. 945, § 1.º, é irrenunciável (cf. Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 51, pr.).

Se o título é devolvível por ocasião do adimplemento, isto é, se a quitação tem de ser pela entrega do título ao devedor, tem-se por feito o adimplemento. Mas a eficácia da entrega é a de estabelecer presunção de adimplemento, presunção *iuris tantum* que somente pode ser elidida por prova contrária que se faça dentro de sessenta dias. Após os sessenta dias acaba qualquer admissibilidade da prova em contrário. Pode ser que o credor não tenha transmitido a posse do título do devedor, o que — se adimplemento houve — seria cumprimento de dever de entrega, pois o documento, aí, ou era pertença do crédito, que se extinguiu, ou era título incorporante.

A particularidade maior do art. 945 está em que há prazo preclusivo para a pretensão do credor a provar o contrário à presunção.

Resta saber-se se o prazo preclusivo apanha aquêles casos em que o devedor fica com o título a título de possuidor imediato, ou de servidor da posse. Para que o art. 945 não incida

é preciso que haja prova escrita do negócio jurídico, ou da situação de posse ou de tença, que, preestabelecendo a dependência do devedor, em relação à posse ou à tença, pré-exclua a invocabilidade do art. 945. Não houve a entrega da posse própria, e isso consta de documento que impede a incidência do art. 945. Sem esse elemento não é possível evitar-se a invocação do art. 945 e, pois, o prazo preclusivo. A 6.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de dezembro de 1949 (*R. dos T.*, 184, 646), teve ensejo de julgar espécie em que o art. 945 não podia incidir: entre irmãos, o título ficara com um deles para se fazerem as contas e chegar-se a acôrdo, que, aliás, não se fêz; na disputa, após a estada do documento com o devedor, que até lançara no verso do título a conta que não foi aprovada, o tenedor do título confessou que devia e admitiu que não se chegara a acôrdo. Tal confissão é prova escrita. A 6.^a Câmara Civil afastou a invocabilidade do art. 945.

A prova para se elidir a presunção *iuris tantum* oriunda do art. 945 e § 1.^o há de ser feita em ação ordinária. O Código de Processo Civil não lhe deu forma especial. Despachada a petição, dentro do prazo, está respeitada a lei, salvo se a citação não se faz ou se faz ineficazmente. A justificação a que aludiu a 1.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de agosto de 1948 (*R. dos T.*, 176, 364), não pode ter eficácia de coisa julgada. É apenas conservativa da prova, que pode ser testemunhal. O elemento declarativo e o elemento constitutivo só se referem à prova, não à alegação de que não houve adimplemento. As ações de justificação dos arts. 735-738 do Código de Processo Civil não têm decisão sobre declaração da relação jurídica. O assunto foi largamente exposto nos *Comentários ao Código de Processo*, Tomo IX, nota 1) anterior ao art. 735. A decisão da 1.^a Câmara Civil não atendeu aos princípios da lei processual, nem interpretou bem a lei civil.

3. DÍVIDAS ORIUNDAS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS POR INSTRUMENTO PÚBLICO. — O pagamento da dívida, que resulta de ato jurídico em instrumento público, não precisa ser provado por instrumento público. O distrato, que é negócio jurídico, sim. Quando, no art. 1.093, depois de se dizer que o distrato se faz

pela mesma forma que o contrato (aliás, o negócio jurídico), se diz, no parágrafo único, que a quitação vale, qualquer que seja a sua forma, se confundiu, por culpa da Comissão revisora (Projeto revisto, art. 1.243), o meio de prova do pagamento e a quitação, que obedece aos arts. 939 e 940. O mesmo senão de terminologia repete-se nos arts. 942 e 945, § 1.º.

Se a dívida é oriunda de instrumento público, pode-se provar o pagamento por todos os meios de prova. Não é preciso, salvo *lex specialis*, que se exija a forma pública, ou, sequer, a forma escrita. Não cabe, aí, falar-se de quitação, porque essa só existe por escrito (instrumento particular ou público). Todavia, como regra geral, o pagamento da dívida resultante de escritura pública pode ser mão a mão, e provar-se por todos os meios de prova o pagamento: a quitação, essa, pode ser por instrumento particular ou público.

§ 2.918. Títulos restituíveis

1. TÍTULO DE CRÉDITO E ADIMPLENTO. — Se foi expedido título de crédito, o devedor, que paga, pode exigir, além da quitação, a restituição do título. Se o credor alega que não pode restituí-lo, tem o devedor pretensão à declaração do credor, que tenha significação de amortização do título. É isso o que se há de ler no art. 942, que diz: “Nos débitos, cuja quitação consista na devolução do título, perdido êste, poderá o devedor exigir, retendo o pagamento, declaração do credor, que inutilize o título sumido”. Pode não se tratar de título sumido (extraviado), e sim de título destruído. O art. 942 estabeleceu direito e pretensão, atribuindo mais, ao credor, para eficiência da pretensão exercida, direito de retenção. Se o título é cambiário ou cambiariforme (duplicata mercantil, cheque, etc.), a amortização sòmente pode ser judicial (cf. Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 36); idem, se é ao portador, ou circulável por endôso.

Se foi terceiro que pagou, a ação pode ser exercida pelo terceiro ou pelo devedor (F. SCHOLLMEYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 298; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 268), salvo se o crédito foi transferido ao terceiro (e. g., arts. 930 e 1.495). Sem razão, J. W. HEDEMANN (*Das Recht auf Rückgabe eines Schuldscheins, Jherings Jahrbücher*, 48,