



Capítulo 12

Editores

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

De las obligaciones en general
Coloquio de iusprivatistas de Roma y América
Cuarta reunión de trabajo

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

O PAGAMENTO COMO MODALIDADE DE EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES: PROPOSTAS HARMONIZADORAS

Fábio Siebeneichler de Andrade

Pontifícia Universidad Católica Rio Grande do Sul

1. PAGAMENTO: NOÇÕES GERAIS

Consoante referido na convocação apresentada cumpre formular no presente trabalho uma proposta que sirva de base para uma discussão para uma harmonização normativa no âmbito das obrigações.

O fundamento de harmonização deve tomar como referência os diversos movimentos nesse sentido ocorridos recentemente no cenário europeu¹, bem como as raízes do direito latino americano².

Trata-se de avançar em um processo a fim de objetivar a harmonização jurídica dos países latino americanos, ainda mais quando se tem presente que este é um objetivo político comum dos países que integram o Mercosul (Alterini, 1992; Nicolau, 1996; Fresneda Saieg, Frustagli, Esborraz & Hernández, 1996; Fradera, 1997, p. 36).

O tema que nos foi destinado para relatar consiste no exame da extinção da obrigação, tendo por eixo central a noção de *pagamento*; seus requisitos; a questão da imputação; prova do pagamento e, por fim, a consignação.

¹ Consultou-se, por exemplo, os princípios elaborados pela Unidroit (www.unidroit.org); os princípios do Direito Europeu dos Contratos derivados da comissão Lando (<http://www.jus.uio.no/lm/>); o Anteprojeto de Código Europeu dos Contratos do Grupo de Pavia (www.academiagiurprivatistieuropei.it); o Anteprojeto de reforma do Código Civil argentino (www.rderecho.equipo.ch); o Anteprojeto de reforma de direito das obrigações do Código Civil francês (<http://www.justice.gouv.fr/publications>).

² Ver, por exemplo, sobre o tema no direito romano, Zimmermann (1996, pp. 748 e ss.); Guarino (1997, pp. 825 e ss.). Para uma visão dos projetos de reforma e sua vinculação as soluções romanas, cfr. Schipani (2006, p. 203).

Cuida-se de assunto que pertine a essencialidade da obrigação! Afinal, o fim precípua da obrigação como vínculo jurídico, a sua verdadeira razão de ser, consiste na circunstância de que ela deverá ser honrada pela parte que se obrigou, de sorte que, de um lado, o credor receberá aquilo que foi a ele prometido, e, de outro lado, o devedor estará liberado, na medida em que terá dado, feito, prestado, aquilo que prometeu.

A extinção das obrigações propriamente dita, *ipso iure*, de pleno direito, tem sua expressão no direito romano na noção de *solutio*, na medida em que essa figura expressa propriamente a idéia de liberação do devedor do vínculo material que representava a obrigação³.

A noção de *pagamento* corresponde, essencialmente, à noção de *solutio*, tendo em vista que, por este ato, obtém o devedor a sua liberação do vínculo obrigacional, ao atender o que havia estipulado com o credor⁴.

É certo que, doutrinariamente, encontra-se a orientação no sentido de favorecer o termo geral cumprimento, a fim de expressar o modo pelo qual ocorre a realização plena da obrigação, de sorte que existirá a satisfação ao interesse do credor. Nesse sentido, o termo *pagamento* deveria reservar-se às obrigações pecuniárias (Antunes Varela, 1978, p. 1; Hinestrosa, 2008, p. 571).

Da mesma forma, deveria ser feita a distinção entre cumprimento ou adimplemento da obrigação e a sua extinção.

No âmbito legislativo, e em especial no que concerne os países latino americanos, é praticamente unânime a utilização do termo pagamento para designar o ato de cumprimento pelo devedor. Utilizam-no, por exemplo, o Código Civil argentino (artigo 725); o Código brasileiro (artigo 304); o Código chileno (artigo 1568); colombiano (artigo 1627); Código peruano (artigo 1220).

Da mesma forma, a figura encontra-se situada no âmbito da extinção das obrigações, como é o caso do Código Civil argentino (artigo 724).

No direito brasileiro, fez-se, por ocasião da entrada em vigor do Código Civil de 2002, alteração sistemática, inserindo-se o pagamento no título relativo ao adimplemento e extinção das obrigações.

Na esfera legislativa, nem todos os países definem o pagamento. No sentido afirmativo, está, por exemplo, o Código Civil chileno (artigo 1568), para expressar

³ Essa concepção aparece na doutrina anterior, como se pode ver em Di Loureiro: «Dissolvem-se as obrigações por muitos modos, entre os quais o principal é a solução, que abrange em geral toda a espécie de paga, ou quitação (L 176. D. *de verb significat*), e que em espécie toma-se pela verdadeira e natural prestação do que se deve, quer seja dinheiro, quer outra cousa ou até mesmo algum facto, como se infere da cit. L. *ibi-Solvere-dicimus eum, qui fecit quod facere promusit*» (2004, p. 281).

⁴ Conforme referido na nota anterior, a expressão constante das fontes expressa esta idéia: «dissemos que paga o que fez o que prometeu fazer» (Ulpiano, D. 50,16,176).

que «[e]l pago efectivo es la prestación de lo que se debe». No direito argentino (artigo 725), «[e]l pago es el cumplimiento de prestación que hace el objeto de la obligación»

Estes dispositivos expressam a percepção de que o devedor deve atender precisamente ao que se vinculou a realizar. Esta visão encontra expressão no denominado *princípio da pontualidade* (Antunes Varela, 1978, p. 11): o devedor não se desonera mediante uma prestação diferente da que é realmente devida —mesmo de valor maior— e a prestação devedora deve ser realizada integralmente e, não, por partes. Previsões neste sentido espraiam-se pela legislação: é o que se verifica, por exemplo, no Código brasileiro (artigos 313; 314); uruguaio (1458, 1459), colombiano (1627, 1649) e argentino (740, 742).

Além disso, atende à concepção de que o pagamento deve ter um fundamento jurídico, no caso o vínculo obrigacional, sob pena de ser considerado indevido e gerar enriquecimento in. Não se reputa necessário inserir aqui regulação a este respeito, tendo em vista que a matéria poderá ser objeto de tratamento específico.

Cabe, aqui, referir que em codificações mais recentes, como o Código peruano (artigo 1362) e o brasileiro (artigo 422), encontra-se a previsão expressa acerca do princípio da boa fé (Cardilli, 2010, p. 1; Moreira Alves).

Tendo-se presente que o pagamento configura um dos atos mais relevantes a ser realizados pelo devedor-se não o mais relevante do vínculo obrigacional —e que nele se concretiza a idéia de ato cooperativo desta relação—, cumpre ponderar da necessidade de enfatizar o papel da boa fé neste momento culminante da relação obrigacional. Caberia, portanto, ter lugar na regulação relativa ao pagamento, ou cumprimento, da obrigação, de um dispositivo específico acerca do exercício deste ato de acordo com a boa fé.

Esta questão merece ser vista com atenção, na medida em que, em alguns países, examina-se a questão de saber se também nas relações particulares deve-se vislumbrar a função solidarista (Jamin, 2001, p. 441; Grynbaum, 2004, p. 25; Lôbo, 2002, p. 261), que em vários países encontra expressão constitucional, e que se vinculada igualmente ao problema da relação entre direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas (Sarlet, 2011, p. 59). Nesse sentido, o princípio da boa fé poderia ser visto como um instrumento para que se concretize esta função solidária no mecanismo do cumprimento das obrigações⁵.

Ressalva-se ainda neste ponto introdutório, que não se ignora a existência de ordenamentos, que recentemente dispuseram sobre a função social dos contratos (Amaral Neto, 2007, p. 178). Tomando-se como premissa que a função social corresponde a um princípio geral do direito contratual, igualmente caberia a indagação se este preceito irradia efeitos para o momento do cumprimento do vínculo

⁵ Sobre a discussão acerca dos modelos de boa fé, ver D'Angelo, Monateri & Somma (2005, pp. 7 e ss.).

obligacional. Tendo em vista, porém, os debates e perplexidades suscitados pela recente introdução deste princípio no plano legislativo, optou-se de não propor dispositivos específicos sobre o tema.

A questão de saber qual a natureza jurídica do pagamento foi objeto de discussão doutrinária (Hinestrosa, 2008, p. 573; Di Majo, 1993, p. 12), tendo estrita vinculação com o tema da capacidade jurídica das partes, bem como o de verificar se, no ato de cumprimento, especialmente naquele com efeito translativo (Di Majo, 1993, p. 17), deveria estar presente uma manifestação de vontade efetiva de extinção do vínculo.

Não se considera, porém, necessário fazer menção expressa a estes temas no que concerne ao regime do pagamento. Mantém-se um tratamento pontual, relacionado à temática

2. PROPOSTA: DO ADIMPLEMENTO E DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Proposta

Artigo 1. O pagamento consiste no cumprimento da prestação a que se vinculou o devedor em favor do credor.

Artigo 2. No cumprimento da obrigação, as partes devem proceder de boa fé.

2.1. De quem pode pagar

A pessoa autorizada a realizar o pagamento é o devedor. É dele o dever jurídico de efetuar a prestação devida, a fim de obter a sua liberação do vínculo obrigacional. A par do devedor, o regime do pagamento estabelecido no direito latino americano admite que terceiro, aquele que não é o devedor, efetue o pagamento. Trata-se de preceito comum a todos os países latino americanos.

A questão que surge é a de saber se se deve exigir a capacidade do devedor, a fim de efetuar o pagamento. Trata-se de disposição que se faz presente em algumas legislações, como é o caso do Código Civil argentino (artigo 726): «*Pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces*».

Julga-se mais adequado prescindir desta regra tão generalizante acerca da capacidade do devedor⁶, tendo-se como premissa a circunstância de que o pagamento corresponde ao cumprimento da obrigação a que a parte já se vinculou.

Quando se indaga da possibilidade de um terceiro efetuar o pagamento, tem-se presente a circunstância de o terceiro com interesse jurídico fazê-lo (Código Civil

⁶ Inspiração nesse sentido encontra-se no artigo 1191, do Código Civil italiano: «*Il debitore che há eseguito la prestazione dovuta non può impugnare il pagamento a causa della propria incapacità*».

brasileiro, artigo 304; Código uruguaio, artigo 1450). Este poderá fazê-lo não obstante a eventual oposição do credor.

Questão que se põe igualmente é a de verificar o tratamento para o terceiro que não é interessado juridicamente. Em princípio, três são as possibilidades que podem surgir: se o pagamento é feito com a anuência do devedor; se o consentimento deste; ou se é feito contra a vontade do devedor.

O terceiro interessado terá direito a subrogar-se. Se o terceiro não interessado pagar, terá direito em princípio a reembolsar-se do que pagou (artigo 305, do Código Civil brasileiro; Código Civil argentino, artigo 728; artigo 1.572, do Código chileno; artigo 730, do Código Civil colombiano; artigo 1.451, do Código Civil uruguaio). A hipótese em que o terceiro não interessado não obterá a restituição reside no caso em que o devedor teria meios para afastar a pretensão do credor (artigo 306, do Código Civil brasileiro; artigo 728, do Código Civil argentino). Deixou-se, porém, de fazer previsão expressa sobre estas conseqüências, tendo em vista que há ponto específico sobre subrogação.

Há que se considerar, portanto, que o credor não pode se opor ao pagamento feito por terceiro. Ressalva que pode ser feita reside na circunstância de o débito consistir em obrigação de fazer personalíssima ou infungível (artigo 1.572, do Código Civil chileno; artigo 1.452, do Código Civil uruguaio).

Proposta

Artigo 1. A prestação pode ser realizada tanto pelo devedor como pelo terceiro, interessado ou não.

Artigo 2. Quando o credor tiver interesse no cumprimento pessoal da obrigação pelo devedor, não poderá ser obrigado a recebê-la de terceiro. Nos demais casos, não poderá se opor ao cumprimento pelo terceiro, sob pena de configuração de mora.

Artigo 3. O devedor não pode invocar sua incapacidade para invalidar o pagamento por ele efetuado.

Artigo 4. Quando o pagamento envolver a transferência da propriedade do bem, sua validade dependerá do poder para alienar do que efetuar a prestação.

Artigo 5. Na hipótese de pagamento pelo terceiro não interessado, o devedor poderá opor-se à restituição, se demonstrar que possuía meios para ilidir a ação.

2.2. A quem se deve pagar

Enquanto se admite com certa liberalidade que o débito seja prestado por quem não é o devedor, exige-se, em princípio, com rigor que o pagamento deva ser

feito ao credor, ou a seus sucessores eventuais, seja *inter vivos* ou *mortis causa*. Na hipótese de incapacidade, ao seu representante. Trata-se de disposição geral de nossas codificações (artigo 308, Código Civil brasileiro; artigo 731, Código Civil argentino; artigo 1.576, do Código chileno; artigo 1.634, Código Civil colombiano).

Na hipótese de terceiro, sua validade dependerá de ratificação pelo credor (artigo 733, do Código Civil argentino; artigo 308, Código Civil brasileiro).

Uma questão relevante nesta matéria consiste em estabelecer a validade do pagamento feito de boa fé ao credor putativo, como ocorre, por exemplo, no Código colombiano (artigo 1634); Código chileno (artigo 1576); Código uruguaio (artigo 1455).

Na hipótese de o pagamento ser feito a pessoa incapaz, a regulação consiste, em geral, em reputá-la como inválido, salvo se o devedor provar que o pagamento resultou em proveito do credor (artigo 733, Código Civil argentino; artigo 310, Código Civil brasileiro; Código Civil colombiano, artigo 1.636).

Proposta

Artigo 1. O pagamento deve ser feito ao credor ou a seu representante.

Artigo 2. O pagamento feito a terceiro extingue a obrigação, nos seguintes casos:

- a) Se houver indicação do credor para que o pagamento ocorra a terceiro
- b) se for ratificado pelo credor;
- c) se for provado que aproveitou ao credor, em face de sua incapacidade.

Artigo 3. O pagamento feito de boa fé ao credor aparente é válido, ainda que posteriormente se verifique que o crédito não lhe pertencia.

2.3. Objeto da prestação

Nesta matéria, incidem os princípios clássicos relativos ao pagamento, que foram referidos introdutoriamente.

Em primeiro lugar, o devedor deve pagar precisamente o que for devido. Desse modo, ele não se desonera mediante uma prestação diferente da que é realmente devida (Malinvaud, 2007, p. 580; Hinestrosa, 2008, p. 629; Antunes Varela, 1978, p. 10). A regra da identidade do objeto do pagamento incide em todas as espécies de obrigação: seja no caso de obrigação de dar ou de fazer ou mesmo de não fazer.

Uma questão relevante que surge decorrente deste princípio refere-se à preservação do valor das dívidas de dinheiro. Trata-se de matéria que teve grande relevância, por exemplo, no direito brasileiro, que praticamente abandonou

o rigor da visão nominalista, ao admitir, mediante legislação especial, a correção monetária das dívidas pecuniárias.

Nesse contexto, cumpre prever disposição facultando às partes a inserção de cláusulas de indexação ou de escala móvel, a fim de prevenir a consequência da desvalorização monetária —tema que em alguns países latino americanos é de extrema relevância—.

Em segundo lugar, o devedor deve pagar integralmente o valor devido. Trata-se, aqui, da aplicação da regra da indivisibilidade da prestação. Desse modo, ainda que a prestação seja divisível, ela deve ser realizada integralmente e não por partes (Malinvaud, 2007, p. 581; Hinestrosa, 2008, p. 628; Antunes Varela, 1978, p. 11).

Trata-se de disposição com aplicação generalizada no direito latino americano, que de forma uníssona exclui o denominado *beneficium competentiae*: ao devedor não é concedido um desconto na dívida, com base em suas condições econômicas pessoais.

Esta exigência pode sofrer um abrandamento, a fim de mitigar o rigorismo da sua consequência, acolhendo o princípio da boa fé contratual e da preservação do contrato. Nesse contexto, poder-se-á dispor que se o credor não possuir qualquer interesse legítimo na recusa de uma prestação adimplida substancialmente, ele deverá recebê-la.

O tema aqui posto se vincula à questão de saber se ao credor abre-se a possibilidade de resolver o negócio na hipótese de cumprimento parcial, quando a prestação realizada for substancial e atenderia de forma quase que integral o seu interesse⁷. Trata-se de disposição que complementar, ao nível das consequências, a aplicação de uma percepção ligada ao princípio da boa fé para a problemática do cumprimento e do incumprimento, evitando condutas passíveis de serem reputadas como caracterizadoras de abuso de direito. Cumpre, ainda, ter presente quanto a este ponto, a necessidade de atentar-se para os vínculos da presente formulação com a matéria de direito do consumidor, que em geral adota soluções mais protetivas para esta espécie de contratante fraco.

Proposta

Artigo 1. O devedor deve efetuar a prestação a que se vinculou, não sendo o credor obrigado a receber prestação diversa.

Artigo 2. O devedor não pode obrigar o credor a receber parcialmente o pagamento da dívida, ainda que se trate de prestações divisíveis.

⁷ A este respeito, ver a disposição do artigo 802, 2, do Código Civil português: «O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância».

Artigo 3. Na hipótese de adimplemento substancial da prestação pelo devedor, a recusa do credor em receber deverá considerar o princípio da boa fé.

Artigo 4. Salvo exceções previstas em lei, como dívidas de valor e cláusulas de indexação previstas contratualmente, as dívidas em dinheiro devem ser pagas pelo seu valor nominal.

2.4. Lugar da prestação

Em princípio, o regramento acerca do lugar da prestação pode ser considerado como dispositivo. O legislador faculta às partes dispor sobre o lugar do pagamento (artigo 327, do Código Civil brasileiro; artigo 747, do Código Civil argentino; artigo 1587, do Código Civil chileno; artigo 1645, do Código Civil colombiano; artigo 1238, do Código Civil peruano; artigo 1645, do Código Civil uruguaio).

Na ausência de regra estabelecida pelas partes, o lugar do pagamento será o domicílio do devedor. Trata-se de clara aplicação do princípio do *favor debitoris*, acolhida pelas legislações (artigo 327, do Código Civil brasileiro; artigo 1465, do Código Civil uruguaio; artigo 1588, do Código Civil chileno; artigo 1238, do Código Civil peruano; artigo 1646, do Código Civil colombiano; artigo 747, do Código Civil argentino).

Apenas de forma supletiva encontram-se previsões na legislação, que regulam situações específicas, como a que envolve a entrega de coisa certa e determinada, ou imóvel, em que o pagamento deve ser feito no lugar onde o bem está situado (artigo 1465, do Código Civil uruguaio; artigo 1646, do Código Civil colombiano; artigo 328, do Código Civil brasileiro).

Em uma formulação mais geral, encontra-se a solução que excepciona a natureza da obrigação ou as circunstâncias do negócio (artigo 327, do Código Civil brasileiro; artigo 1238, do Código Civil peruano).

Proposta

Artigo 1. Salvo disposição diversa das partes, o lugar do pagamento será o do domicílio do devedor ou aquele que resultar da natureza da obrigação, das circunstâncias negociais ou da lei.

Artigo 2. Ocorrendo mudança do domicílio do devedor, a prestação será realizada no novo domicílio, salvo se acarretar prejuízo para o credor.

2.5. Tempo da prestação

Relativamente ao tempo da prestação, os problemas centrais da matéria dizem respeito, inicialmente, a saber, se inexistir prazo fixado para o cumprimento

(obrigações puras), quando poderá o credor exigir o cumprimento. Em princípio, considera-se que o credor poderá exigi-la a qualquer tempo (artigo 331, do Código Civil brasileiro).

Apresenta-se, porém, a questão de saber se em determinadas situações não deveria haver o temperamento desta regra, tendo em vista que em determinados casos pode ser necessário, para o devedor, um prazo maior para o cumprimento. Cumpre aplicar, também quanto a este ponto, uma percepção vinculada à boa fé, na medida em que cabe evitar que o devedor seja surpreendido pela iniciativa do credor.

Nas situações em que houver prazo fixado, a questão essencial concerne, de um lado, se o credor pode exigir a prestação antes do prazo fixado e se o devedor pode efetuar o pagamento antes do prazo.

Em relação à primeira questão, o vencimento antecipado da obrigação para o credor depende de circunstâncias supervenientes, que diminuam legitimamente a expectativa de cumprimento.

Estas hipóteses vinculam-se a situações reguladas pelo legislador, como serve de exemplo o concurso de credores; ou quando houver penhora de bens dados em garantia, ou então a diminuição ou extinção das garantias (artigo 333, do Código Civil brasileiro; 753, 754, do Código Civil argentino; artigo 1553, do Código Civil colombiano).

Este tema possui vinculação com a problemática do inadimplemento, em especial com o assunto do incumprimento antecipado, impondo-se a reflexão acerca de saber se, ao regular-se esta matéria, não será o caso de estabelecer regra pontual a este respeito (Aguiar Júnior, 2004, pp. 126 e ss.).

A questão de saber se o devedor poderia prestar antes do prazo deve ser respondida, em princípio, afirmativamente. O prazo deve ser presumido em favor do devedor⁸.

É certo que se refere a questão de que o prazo pode ser estipulado em favor do credor, mas esta hipótese deve ser verificada *cum granus salis*, apenas para as hipóteses em que o prazo tenha conotações objetivas. Cumpre observar que em contratos de financiamento envolvendo relações de consumo, regras especiais permitem que o devedor antecipe o pagamento, e este ato implica no abatimento dos juros estipulados.

Por fim, julga-se oportuno discutir a conveniência de inclusão de uma regra prevendo um prazo de graça para o devedor efetuar o pagamento, tendo-se presente a existência de debates para solucionar a problemática do superendividamento.

⁸ É o que prevê, expressamente, o CCBr no artigo 133. Sobre este ponto, ver Zimmermann (1996, p. 751).

Proposta

Artigo 1. Inexistindo previsão de prazo para o pagamento, pode o credor exigir imediatamente, salvo se esta circunstância contrariar a natureza do negócio, os usos ou a boa fé.

Artigo 2. Existindo prazo certo para o cumprimento da obrigação, o pagamento deve ser feito na data designada.

Artigo 3. Ao credor assistirá o direito de exigir o pagamento antecipadamente, em hipóteses tais como: a) insolvência do devedor; b) insuficiência de garantias oferecidas pelo devedor; c) penhora de bens oferecidos pelo devedor por outro credor.

Artigo 4. Em princípio, presume-se que o prazo é estipulado em favor do devedor.

Artigo 5. Em face de solicitação do devedor, que deverá demonstrar as peculiaridades de sua situação econômica, e inexistindo prejuízo relevante ao credor, poderá o juiz conceder prazo de 180 dias para o devedor efetuar o pagamento de suas dívidas.

2.6. Prova do pagamento

Em relação à matéria de prova do pagamento, cumpre, em primeiro lugar, pontuar que se trata de matéria a ser suscitada pelo devedor. Ao pagar, o devedor tem o direito de obter um recibo —quitação—, sob pena de recusar-se a efetuar a prestação. Será dele, então, o ônus de provar que pagou.

Desse modo, cumpre decidir se se adotará solução flexível, facultando ao devedor utilizar-se de quaisquer meios de provas para demonstrar que efetuou o pagamento ou se se adotará solução restritiva, limitando as formas de prova, permitindo-se, por exemplo, apenas prova documental e não testemunhal. Trata-se, aliás, de discussão perene, na medida em que o direito romano oscilou nesta questão, partindo de uma posição liberal para uma orientação restritiva.

Em geral, estabelecem-se presunções acerca da prova do pagamento, que contemplam vicissitudes do vínculo obrigacional: é o caso da determinação que dispõe que a entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento (artigo 324, Código Civil brasileiro), ou que a quitação do capital presume o pagamento dos juros. (artigo 323, do Código Civil brasileiro); ou, ainda, que no caso de quotas periódicas, o pagamento da última parcela faz presumir o pagamento de todas.

Proposta

Artigo 1. O devedor que paga tem direito a quitação regular e ao recebimento do título original da obrigação.

Artigo 2. O pagamento se prova por todos os meios em direito, observando-se a legislação especial.

Artigo 3. A entrega do título ao devedor faz presumir o pagamento.

Artigo 4. Ocorrendo a quitação do capital, sem a ressalva sobre os juros, estes presumem-se pagos.

2.7. Imputação do pagamento

Relativamente à imputação do pagamento, a análise das legislações latino americanas implica a preservação das soluções adotadas (ver, por exemplo, artigos 773 e ss. do Código Civil argentino; artigos 352 e ss. do Código Civil brasileiro; artigo 1654, do Código Civil colombiano; artigo 1476, do Código Civil uruguaio), que, em essência, tentam compor os interesses do credor e devedor.

Em primeiro lugar, a imputação tem lugar na hipótese de dívidas da mesma natureza.

Oportuniza-se ao devedor indicar qual das dívidas mantidas com o credor está sendo objeto de pagamento. Há, porém, restrições a esta faculdade: dentre elas, a que estabelece que ele deverá optar entre as dívidas vencidas, não poderá destinar o pagamento ao capital, mantendo pendente os juros.

Na hipótese de ausência da indicação do devedor, adota-se a solução de escolha pelo credor. Inexistente esta no ato de quitação, os critérios de solução adotados são o da onerosidade da dívida e o da antiguidade.

Nada impede que as partes disponham acerca das regras de imputação. Além disso, em relação ao ato de determinação pelo credor, poderá o devedor invocar, eventualmente, defesas vinculadas às matérias de vício de vontade.

Proposta

Artigo 1. Se o devedor tiver com o credor várias dívidas da mesma natureza, ao efetuar o pagamento, poderá indicar a qual delas este se destina, desde que todas sejam líquidas e vencidas.

Artigo 2. Não ocorrendo a imputação pelo devedor, deverá aceitar a que for feita pelo credor, salvo configurando-se vícios da vontade.

Artigo 3. Não se configurando a imputação nem pelo devedor nem pelo credor, esta se reputa feita, primeiramente na mais onerosa; entre elas, na mais antiga; caso persista a igualdade, a imputação será feita proporcionalmente aos vários débitos.

2.8. Pagamento por consignação

Quanto ao tema da consignação, o exame da legislação (artigos 756 e ss. do Código Civil argentino; artigos 334 e ss., do Código Civil brasileiro; artigos 1481 e ss. do Código Civil chileno; artigos 1657 e ss., do Código Civil colombiano) aponta a necessidade de regulação sobre alguns pontos da matéria.

Em primeiro lugar, cumpre estabelecer se o pagamento por consignação como modalidade extintiva da obrigação pode ser realizado somente pela via judicial ou também pela extrajudicial. Enquanto em algumas legislações —ao menos pelo foi possível verificar—, faz-se menção apenas à modalidade judicial (artigo 756, do Código Civil argentino), em outros ordenamentos admite-se igualmente o depósito pelos meios extrajudiciais, como, por exemplo, mediante estabelecimentos bancários (artigo 334, do Código Civil brasileiro), quando se tratar de obrigações pecuniárias, tendo este ato efeito de liberar o devedor.

Relativamente aos casos em que é cabível a consignação, registre-se que existe, em linhas gerais, correspondência na legislação consultada (artigo 757, Código Civil argentino; artigo 335, do Código Civil brasileiro; artigo 1627, do Código Civil colombiano; artigo 1481, do Código Civil uruguaio), podendo ser agrupados em duas situações básicas: a) mora do credor; b) impossibilidade de o devedor, sem culpa, cumprir a obrigação em face de motivos vinculados à pessoa do credor.

Será ônus do devedor comprovar estas circunstâncias, não sendo, porém, indispensável que se regule, neste ponto, o modo como ele deverá demonstrar que se configuram os requisitos acima indicados (Hinestrosa, 2008, pp. 671 e ss.). Optou-se pela inexistência de regulação acerca das denominadas *ofertas reais*, ou de *ofertas por intimações*, a fim de que o devedor possa formalizar a recusa do credor em receber⁹. Desse modo, faculta-se ao devedor demonstrar, por todos os meios em direito os pressupostos da figura —em especial— a mora do credor. Configurada a sua recusa em receber, recorrerá à consignação, judicial ou extrajudicial nos casos estabelecidos legalmente, em que procederá ao depósito da coisa devida.

Em segundo lugar, faz-se mister estabelecer a questão do âmbito da consignação: ou seja, que tipo de bem pode ser objeto de consignação. Enquanto em alguns países faz-se referência ao depósito judicial da soma ou de quantias que se deve (artigo 756, do Código Civil argentino; e, para citar exemplo do direito europeu, § 372, do BGB)¹⁰, outros ordenamentos referem a possibilidade de ocorrer depósito da coisa devida. Desse modo, a consignação em pagamento abrangia não

⁹ Para esta questão da natureza da oferta, ver, por exemplo, Silva Cuoto (1977, p. 22).

¹⁰ § 372 BGB: «Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer der bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzug der Annahme ist».

somente obrigações pecuniárias como também obrigações de dar ou restituir coisa (Antunes Varela, 1978, p. 190).

Em geral, estabelece-se nas legislações que para a consignação ter efeito de pagamento, com a conseqüente extinção do débito e liberação do devedor, será necessário que ela reproduza todos os requisitos do pagamento (pessoas, objeto, modo e tempo). Considera-se esta forma de previsão mais adequada do que explicitar, em relação à consignação, formular regulação específica.

Contudo, julga-se conveniente determinar, relativamente a quem poderá consignar, que o terceiro também poderá fazê-lo¹¹.

Outro ponto relevante a explicitar concerne o tempo que possui o devedor —ou terceiro— para a consignação. Um problema quanto a este tema é o de precisar se o devedor em mora ainda poderá recorrer à consignação: julga-se conveniente estabelecer regra no sentido afirmativo, precisando que enquanto não houver a manifestação do credor a fim de obter o crédito —ou resolvendo o contrato—, ou quando ainda se julgar presente o seu interesse, faculta-se a consignação ao devedor.

Explicita-se, por fim, a regra de que o devedor pode desistir da consignação.

Proposta

Artigo 1. É facultado ao devedor depositar a coisa devida, judicialmente ou em estabelecimento bancário conveniado, a fim de liberar-se da obrigação, consoante os procedimentos previstos em lei.

Artigo 2. A consignação tem lugar:

se o credor estiver em mora;

se o devedor não puder efetuar o pagamento em face de incerteza sobre a pessoa do credor ou por qualquer fundamento que não lhe for imputável.

Artigo 3. A fim de liberar o devedor, o pagamento por consignação deve preencher os mesmos requisitos que o pagamento.

Artigo 4. Terceiro poderá efetuar o pagamento por consignação.

Artigo 5. Ainda que esteja em mora, o devedor poderá recorrer à consignação quando:

Depositar a prestação com os eventuais acréscimos decorrentes da mora;

Ao tempo do depósito, não houver manifestação do credor para extinguir a obrigação por força da *mora debitoris*.

¹¹ Trata-se de disposição existente no artigo 890, do Código de Processo Civil brasileiro, ao regular a ação de consignação em pagamento: «Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida».

Artigo 6. O devedor pode desistir da consignação antes da aceitação do credor ou do reconhecimento judicial de validade do depósito.

3. CONCLUSÃO

A presente reflexão tem caráter essencialmente introdutório ao tema proposto, sendo efetivamente um convite a que se aprofunde as discussões acerca das possibilidades de harmonizar a complexa e ampla matéria das obrigações e, no que se refere ao aqui exposto, um de seus modos de cumprimento.

É certo que um movimento no sentido da harmonização deve levar em consideração os fundamentos jurídicos comuns da América Latina, que, como se sabe, são únicos e consideráveis, por força da profunda influência que o direito romano possui sobre os diversos ordenamentos de nossos países.

Há que se ter presente neste processo, porém, as tendências recentes de proteção ao devedor, de desenvolvimento da justiça social, que ocorrem sob as vestes do Direito do Consumidor e sob a rubrica de constitucionalização do direito privado. Nesse sentido, considera-se que as propostas aqui ventiladas devem ter em mente não apenas o direito latino americano, como também devem atender ao louvável objetivo de estabelecer instrumentos comuns para o direito privado à luz dos direitos fundamentais que norteiam nossos países.

REFERÊNCIAS

- Aguiar Júnior, Ruy Rosado (2004). *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide.
- Alterini, Atilio (1992). La contratación en el Mercosur. *La Ley*, 10 de agosto, pp. 735 e ss.
- Amaral Neto, Francisco dos Santos (2007). Os princípios jurídicos do direito obrigacional brasileiro. *Roma e America. Diritto romano comune*, 24, 165 e ss.
- Antunes Varela, João de Matos (1978). *Direito das obrigações*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense.
- Cardilli, Ricardo (2010). *«Bona fides» tra storia e sistema*. Turim: Giappichelli.
- D'Angelo, Andrea; Monateri Pier Giuseppe & Somma, Alessandro (2005). *Buona fede e giustizia contrattuale*. Turim: Giappichelli.
- Di Loureiro, Lourenço Trigo (2004). *Instituições de direito civil brasileiro* [versão fac. símile da edição de 1872]. Vol. II. Brasília: Senado Federal.
- Di Majo, Adolfo (1993). *L'adempimento dell'obbligazione*. Bolonha: Zanichelli.

- Fradera, Véra (1997). A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no cone sul? *Revista dos Tribunais*, 736, 20-29.
- Fresneda Saieg, Mónica; Frustagli, Sandra, Esborraz, David & Hernández, Carlos (1996). Hacia la unificación del derecho de las obligaciones en el Mercosur. Em VV.AA., *Del Mercosur* (pp. 253 e ss.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Grynbaum, Luc (2004). La notion de solidarisme contractuel. Em Grynbaum, L. & Nicod, M. (dirs.), *Le solidarisme contractuel* (pp. 25-39) Paris: Economica.
- Guarino, Antonio (1997). *Diritto privato romano*. Nápoles: Jovene.
- Hinestrosa, Fernando (2008) *Tratado de las obligaciones* (3ª ed.). Vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jamin, Christophe (2001). Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. Em Goubeaux, G. (ed.), *Études offertes à Jacques Ghestin* (pp. 441-472). Paris: LGDJ.
- Lôbo, Paulo (2002). Os novos princípios contratuais. Em *Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- Malinvaud, Philippe (2007). *Droit des Obligations*. Paris: Litec.
- Moreira Alves, José Carlos (2006). A boa fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Em Esborraz, F. (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos* (pp. 229 e ss.). México DF: Porrúa, 2006.
- Nicolau, Noemí Lidia (1996). Un Código de los Contratos para el Mercosur. *La Ley*, 1996-B, 941-944.
- Sarlet, Ingo W. (2011). Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado, com destaque para o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Em Brochado, A. & Leite, G. (coords.), *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Schipani, Sandro (2006). Los principios de Unidroit y el derecho romano (algunas anotaciones sobre el favor debitoris y las asimetrías del comercio internacional). Em Esborraz, F. (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos* (pp. 203 e ss.). México DF: Porrúa.
- Silva Couto, Clóvis (1977). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais.
- Zimmermann, Reinhard (1996). *The law of obligations*. Oxford: Clarendon Press.